

LA NOTION DE "LEX"

DANS LA

CÔTUME SALIENNE

ET SES

TRANSFORMATIONS

DANS LES

CAPITULAIRES

THÈSE

POUR LE DOCTORAT ÈS SCIENCES POLITIQUES ET ÉCONOMIQUES

Présentée et soutenue le 28 mai 1920, à 14 heures

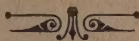
PAR

Jean PÉTRAU-GAY

DOCTEUR EN DROIT

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON

CHARGÉ DE COURS A LA FACULTÉ DE DROIT DE GRENOBLE



GRENOBLE

IMPRIMERIE ALLIER FRÈRES

26, Cours de Saint-André, 26

1920

THÈSE

POUR LE

DOCTORAT ÈS SCIENCES POLITIQUES ET ECONOMIQUES

UNIVERSITÉ DE LYON — FACULTÉ DE DROIT

MM.

- APPLETON (Charles), *, I. U., professeur honoraire.
JOSSERAND, *, I. U., Doyen, professeur de Droit civil.
GARRAUD, I. U., *, professeur de Droit criminel, correspondant de l'Institut.
COHENDY, O. *, I. U., *, professeur de Droit commercial
PIC, *, I. U., professeur de Droit international public.
APPLETON (Jean), *, I. U., professeur de Droit administratif.
LAMBERT, A. U., professeur d'Histoire générale du Droit français.
BOUVIER, I. U., professeur de Science financière et de Législation française des Finances.
LAMEIRE, I. U., professeur d'Histoire du Droit public et de Droit administratif.
HUVELIN, I. U., professeur de Droit romain, assesseur du Doyen.
LÉVY, I. U., professeur de Droit civil.
GONNARD, I. U., professeur d'Histoire des Doctrines économiques et d'Économie politique.
BOUVIER-BANGILLON, I. U., professeur de Procédure civile.
PICARD, A. U., professeur de Droit civil.
ANTONELLI, agrégé.
BECQ (J.), I. U., secrétaire.
-

MEMBRES DU JURY :

- M. LAMBERT, *président*,
M. HUVELIN, *assesseur*,
M. NOAILLES, agrégé à la Faculté de Droit de Grenoble,
assesseur.
-

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

LA NOTION DE “LEX”

DANS LA

COUTUME SALIENNE

ET SES

TRANSFORMATIONS

DANS LES

CAPITULAIRES

THÈSE

POUR LE DOCTORAT ÈS SCIENCES POLITIQUES ET ECONOMIQUES

Présentée et soutenue le 28 mai 1920, à 14 heures

PAR

Jean PÉTRAU-GAY

DOCTEUR EN DROIT

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON

CHARGÉ DE COURS A LA FACULTÉ DE DROIT DE GRENOBLE



GRENOBLE

IMPRIMERIE ALLIER FRÈRES

26, Cours de Saint-André, 26

1920

AVANT-PROPOS

Les historiens modernes de l'époque franque se sont tous représenté cette période ancienne de notre histoire nationale comme ayant un droit public véritable, sans doute différent du nôtre, mais en tout cas parfaitement constitué, et se sont divisés seulement sur le caractère romain ou germanique à lui reconnaître dans l'ensemble de ses traits essentiels.

D'après les romanistes, le gouvernement de l'époque franque serait la monarchie pure. La Gaule romaine était administrée par des fonctionnaires impériaux et le pouvoir monarchique était un organe de la vie sociale, auquel tous étaient habitués. Après les invasions, les rois francs se seraient purement et simplement substitués aux agents de l'autorité romaine et la chancellerie impériale servit les nouveaux maîtres. Cette théorie est chère à tous ceux qui prétendent que la royauté franque serait la continuation de l'empire romain.

Suivant les germanistes, au contraire, le *concilium* germanique, décrit par Tacite et qui était l'assemblée de tous les hommes libres de la nation, aurait survécu à tous les bouleversements causés par les invasions du v^e siècle et aurait servi de contrepoids nécessaire pour l'exercice des droits sacrés du peuple souverain. Puis, lors de l'extension du royaume franc, cette as-

semblée nationale serait, par la force même des choses, tombée en désuétude et aurait peu à peu cédé la place à la réunion de ces grands du royaume, qui aspiraient à s'emparer du pouvoir effectif de la royauté. Toutefois, le peuple aurait toujours conservé le droit d'émettre son consentement, soit directement dans les assemblées judiciaires locales, soit par l'intermédiaire de ces grands dans les assemblées politiques, quand il s'agissait de modifier sa loi de race. Cette conception plaît aux esprits libéraux, qui souhaitent de retrouver la liberté et la démocratie aux origines mêmes de la France.

Romanistes et germanistes sont en complet désaccord. Mais cette divergence de vues, en apparence irréductible, porte en elle-même sa réfutation. Ces opinions unilatérales ne tiennent pas compte de l'ensemble des indications fournies par les monuments de l'époque franque : croyant à l'existence et à l'unité d'un droit public franc, elles ont relevé les arguments favorables à l'idée par elles défendue et sont arrivées ainsi, selon les cas, à faire valoir le caractère romain de cette époque en négligeant tout apport germanique ou à mettre en relief son caractère germanique en excluant toute trace d'imitation romaine. Or, le fait que les unes et les autres trouvent également des points d'appui incontestables et solides dans les textes de cette période de notre histoire nationale prouve clairement que l'époque franque elle-même recèle à la fois des éléments romains et des éléments germaniques.

C'est une constatation élémentaire et pourtant fondamentale.

Quoi de plus naturel d'ailleurs? Les invasions mirent en présence des peuples de civilisation bien différente. Les Germains étaient en retard de plusieurs siècles sur les Romains. On ne peut pas parler du triomphe de l'esprit germanique consécutivement à la conquête par les barbares : un fait, depuis longtemps connu et vérifié à plusieurs reprises, nous apprend que de deux peuples en lutte, le plus civilisé, même s'il est vaincu par les armes, conserve toujours son ascendant sur le moins civilisé. On ne peut pas croire non plus à la revanche éclatante des idées romaines, car, si l'influence romaine, qui du reste ne s'est pas exercée sur tous les peuples barbares avec la même intensité, a été certaine sur les Francs, on ne peut pas admettre que les Francs aient spontanément renoncé à leurs institutions nationales pour suivre en tous points les modèles romains. La différence de culture entre les peuples était trop grande pour qu'une assimilation complète ait pu en si peu de temps se produire. Il est vain de rechercher l'unité, quand le dualisme des institutions est aussi caractéristique.

Cette coexistence de conceptions germaniques et de conceptions romaines s'est traduite, en fait, par une lutte entre les deux ordres d'idées. Le droit romain était considéré comme une législation idéale d'un peuple de civilisation supérieure et exerçait, à ce titre, une véritable force d'attraction sur le droit des peuples barbares. Mais, d'un autre côté, cette influence

romaine, qui trouvait un auxiliaire précieux dans la religion catholique, était contrariée par la résistance naturelle mais opiniâtre des traditions nationales de ces peuples et de leur religion païenne.

Aussi cette lutte eut-elle pour effet d'altérer la pureté et l'originalité du droit romain aussi bien que du droit germanique, et l'époque franque nous donne l'image de la déformation de l'un comme de l'autre dans leurs traits essentiels. C'est ce qui explique le caractère indécis et confus de l'époque franque. On y trouve des traces équivoques des idées germaniques et des idées romaines. Il n'y a pas un droit public à l'époque franque. On ne rencontre aucune institution aux contours bien arrêtés, aucune règle fixe, aucun principe permanent. On ne constate que des pratiques inspirées, selon les circonstances, tantôt par le souvenir et la persistance des habitudes germaniques primitives, tantôt par le désir de se hausser jusqu'au niveau de culture des Romains. Cette affirmation sur l'absence d'un droit public de l'époque franque nous met en contradiction avec l'opinion dominante; elle est pourtant la sincère expression de la conviction que nous avons retirée de notre étude.

Nous nous sommes efforcé de faire abstraction de nos idées modernes sur le droit public. De nos jours, grâce à un lent travail de spécialisation et d'analyse, le droit public est constitué dans ses lignes essentielles; son vocabulaire arrêté et fixé. Il n'en est pas de même à l'époque franque, période de transition et de formation. Parler de monarchie pure ou constitution-

nelle, de régime parlementaire ou représentatif, de démocratie et d'égalité, c'est transporter nos idées modernes dans des temps où l'on n'avait pas encore distingué ces notions les unes des autres et s'exposer, en conséquence, à commettre inévitablement des anachronismes. Ce que nous séparons avec soin était à ce moment la plupart du temps confondu. D'ailleurs les mots ont eux-mêmes changé de sens au cours des âges. Le terme *lex*, par exemple, que l'on traduit par loi, désignait, à l'époque franque, d'une manière générale la coutume traditionnelle, alors que de nos jours, comme au temps des Romains de l'Empire, il caractérise l'acte émanant du pouvoir législatif et s'oppose ainsi à sa signification première.

Si nous nous sommes défilé de nos concepts et de notre terminologie modernes, nous avons, par contre, demandé d'importantes contributions au droit comparé pour éclairer le caractère indécis et troublé de cette époque. Les premiers monuments du droit scandinave, restés en dehors de la civilisation chrétienne jusqu'au x^e et au xi^e siècle de notre ère, le droit des peuples restés en Germanie et peu à peu soumis aux Francs, le droit anglo-saxon, qui s'est constitué à l'abri de l'influence romaine, nous ont donné d'utiles indications sur la marche générale du développement du droit chez les peuples germaniques et nous ont permis de compléter les allusions trop brèves de Tacite à ce sujet. D'autre part, le droit des peuples situés soit en Gaule, comme celui des Wisigoths et des Burgondes, soit en Italie, comme celui des Lombards, nous

ont servi de points de repère pour examiner les effets de l'influence romaine sur les mœurs germaniques. Enfin, le droit hébraïque, le droit musulman et le droit anglais nous décrivent le mécanisme de la coutume comme le droit romain du Bas-Empire nous renseigne sur le caractère de la règle juridique générale, conçue sous la forme prédominante de la législation.

Par là nous n'avons pas entendu substituer aux données de la tradition franque les données de l'histoire comparative, car nous savons qu'à chaque étape de civilisation ne correspond pas toujours et nécessairement un type unique et rigoureusement invariable d'institutions juridiques et que les régularités relevées par la confrontation de plusieurs systèmes juridiques n'excluent point du tout l'exception. Le droit comparé a seulement été considéré comme une science auxiliaire mais indispensable pour reconnaître et identifier les phases de l'évolution du droit, dont il ne reste que des survivances.

Nous avons tâché de suivre en cela les conseils de notre éminent maître, M. le professeur Lambert, qui a bien voulu nous guider dans notre travail et auquel nous sommes heureux d'exprimer nos sentiments respectueux et reconnaissants.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

Les notions de coutume et de loi d'après l'opinion dominante. — Notre point de vue. — Division du sujet.

Actuellement, comme autrefois chez les Romains de l'époque classique, l'analyse distingue nettement la coutume et la loi comme les deux sources principales du droit et reconnaît en même temps à la loi une prépondérance absolue sur la coutume. Le droit coutumier évoque l'idée d'un ensemble de règles traditionnelles, d'un caractère populaire, sorties du commerce juridique et établies peu à peu avec le temps en dehors de toute promulgation législative. La loi, au contraire, apparaît comme une déclaration de volonté manifestée par le pouvoir législatif : elle s'établit en un moment. Son autorité sur la coutume est pour ainsi dire absolue : elle peut confirmer ou abolir radicalement la coutume aussi bien d'ailleurs que statuer en dehors des cas déjà prévus par elle. La coutume est dans une situation tout à fait inférieure : elle ne peut se développer qu'à l'abri de la loi ou bien encore en dehors d'elle, mais jamais contre la loi ¹.

¹ Tous les traités de droit civil mentionnent la coutume et la loi comme deux sources du droit. Cf. les traités élémentaires les plus

La distinction, si nettement établie entre la loi et la coutume, correspond en réalité à deux modes différents de la production actuelle du droit et domine, pour cette raison, l'esprit des auteurs modernes, historiens et civilistes.

C'est en partant de cette distinction récente et actuelle, mais tenue pour fondamentale, que les modernes essaient de définir la coutume par opposition à la loi. Les spéculations abstraites, qui, tout en variant suivant les auteurs, trouvent dans la réalité tantôt confirmation, tantôt démenti, sont en général les seuls moyens dont ils se servent pour examiner la source du droit coutumier et son rapport d'âge vis-à-vis de la législation. Aussi le désaccord des auteurs est-il manifeste et leurs conclusions souvent contradictoires.

Les difficultés seraient moindres si, au lieu de faire appel au seul raisonnement, on mettait davantage les faits à contribution. L'histoire, en effet, nous permet de retracer les aspects divers et successifs de la norme juridique sous sa forme coutumière et législative. L'époque franque, pendant laquelle ce que nous appelons coutume constitue la véritable et la seule *lex*, nous enseigne que ces notions de coutume et de législation, telles que nous les comprenons, sont relative-

récents, Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, I, 7^e édit., 1915, pp. 3-5; Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, I, 1917, p. 28 et suiv. Actuellement cette distinction, qui introduit de la clarté dans l'étude des sources du droit, ne saurait évidemment être critiquée, surtout pour les temps modernes.

ment récentes et que la législation se relie si étroitement à la coutume qu'elle en est une dérivation directe. Ces deux modes de production juridique se sont peu à peu différenciés et ont mené ensuite une vie parallèle.

**

L'opinion dominante est loin d'être arrivée à des conclusions concordantes sur les deux questions de la source de la coutume et de l'ancienneté de la coutume.

Sans doute, on aperçoit aisément que la loi est l'œuvre du pouvoir législatif. L'autorité qui fait la loi varie selon les constitutions politiques : ce peut être un seul homme, comme les empereurs romains ou les rois de France des trois derniers siècles; ce peut être une ou plusieurs assemblées législatives, comme cela existe chez la plupart des peuples modernes; ce peut être enfin le peuple entier exprimant sa volonté par un vote, comme dans le système du plébiscite romain ou du referendum suisse ¹.

On se rend moins compte d'où peut venir la coutume juridique. Il ne faut pas oublier, tout d'abord, que la coutume se différencie de l'usage par son caractère obligatoire. Un usage est un simple fait; il n'acquiert de valeur juridique véritable que quand il est pourvu d'une sanction; alors à ce moment il de-

¹ Planiol, *op. cit.*, p. 64; Boistel, *Cours de Philosophie du droit*, Paris, 1899, II, pp. 246-255. 408-415.

vient un précepte obligatoire. Il ne suffit donc pas, pour qu'il y ait coutume juridique, d'un usage même très général et très ancien. La coutume est un droit coutumier. D'où peut lui venir sa force obligatoire?

Au problème ainsi posé, des réponses en grand nombre furent apportées. Nous examinerons l'essentiel de chacune d'elles en les répartissant dans les quatre catégories indiquées par l'idée générale, dont elles procèdent.

Dans le premier groupe nous comprenons la théorie romaine de la coutume, plus connue dans le langage des auteurs modernes sous le nom de théorie romano-canonique de la coutume, par suite de l'adoption du concept romain par les canonistes du Moyen Age. Les Romains attribuaient la force obligatoire de la coutume au *consensus populi*¹, acte de volonté du

¹ Le germe de cette conception se trouve dans la philosophie grecque; il a été importé à Rome par les rhéteurs latins, nourris de philosophie et de rhétorique grecques, puis a été finalement accueilli dans les écrits des jurisconsultes classiques. Ainsi Cicéron, s'inspirant des rhéteurs grecs et de la πόλιςως συνθήκη κοινή (Démotène, *C. Aristog.*, 25, 16), considérait déjà le droit coutumier comme le résultat d'un accord tacite de la population. *De Inventione*, II, 22, 67: *Consuetudine ius esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit*). Cf. en outre *De Inventione*, I, chapitres V et VI; *Topiques*, chapitres I et II; *A. ad. Herennium*, I, chapitre I; Quintilien, *Inst. Orat.*, V, 10, 13; XII, 3, 6; Aulugelle, XI, 18, 4; XII, 13, 5; XX, 10, 9. C'est surtout dans les compilations de Justinien que se trouve exprimé le concept romain de la coutume. Julien, *D.*, I, 3 *de leg.*, 32, 1: *Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius, quod dicitur moribus constitutum. Nam quum istae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes; nam quid interest,*

peuple. La loi elle-même ne doit pas son caractère obligatoire à une autre cause. Le législateur véritable, comme le seul auteur du droit coutumier, est en réalité le peuple. Quand il s'agit d'établir une règle nouvelle, le peuple manifeste sa volonté. Cette règle est une loi, si l'approbation est expresse; au contraire, elle s'appelle coutume, si le peuple l'approuve tacitement. L'usage, alors, n'est que le fait extérieur attestant cette volonté implicite du peuple; il se présente comme l'exercice de la règle tacitement admise par le peuple.

Cette théorie romaine a été très en faveur par la suite¹ et a bénéficié de l'admiration que les canonistes et les glossateurs, les post-glossateurs et les légistes ont éprouvée pour toutes les idées romaines. Ce n'est pourtant là qu'une tentative d'explication plutôt qu'une analyse de la coutume. De nombreuses objections peuvent lui être adressées.

suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis? Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam **tacito consensu omnium** per desuetudinem abrogentur. Hermogénien, *D.*, I, 3 *de leg.*, 35 : Sed et ea, quae longa consuetudine comprobata sunt ac per annos plurimos observata, velut **tacita civium conventio**, non minus quam ea, quae scripta sunt iura, servantur. De même nous lisons dans les Institutes de Justinien les deux passages suivants : 1, 2 *De iure nat.*, 9 : Ex non scripto ius venit, quod usus comprobavit. Nam diuturni mores **consensu utentium** comprobati legem imitantur. Inst., *h. t.*, 11 : ea vero, quae ipsa sibi quaequae civitas constituit, saepe mutari solent vel **tacito consensu populi**, vel alia postea lege lata.

¹ Gierke, *Deutsches Privatrecht*, I, § 20; II, p. 160, et *Genossenschaftsrecht*, III, p. 307, n. 185; Brie, *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht*, I, pp. 59-95, glossateurs, pp. 95-128, post-glossateurs, pp. 128-164, canonistes, pp. 165-202.

On n'a jamais vu des individus s'entendre tacitement pour créer du droit. De plus, l'unanimité du peuple, supposée par le *consensus populi*, est un mythe. Il n'y aurait jamais coutume s'il fallait l'unanimité dans le peuple. Il peut toujours y avoir un indépendant et cela suffit pour que la coutume ne puisse pas se constituer. En outre, la coutume n'est pas une pure création artificielle de l'esprit humain. Les lois naturelles ont leur part incontestée dans le développement du droit¹. Enfin, ce n'est pas par le consentement du peuple que s'établit la coutume, c'est par la lutte que se forme le droit coutumier. Avant que la règle soit bien assise, il y a toujours une période de tâtonnements, avec des alternatives de revers ou de succès. Sans doute, une fois la règle dégagée, le consentement de la majorité se propagera peu à peu dans la foule² et la multitude semblera, par le fait, acquiescer à cette règle. Mais ce consentement du peuple suit

¹ Capitant (*Introduction à l'étude du droit civil*, 2^e édit., Paris, 1904, p. 33 et suiv.) critique la coutume envisagée comme une création pure de l'esprit humain. Pour lui, la coutume ne doit pas être considérée comme une sorte de loi tacitement consentie.

² Les auteurs, qui partagent l'opinion de la théorie romaine, sont divisés sur la question de l'étendue à donner au sens du mot peuple. L'unanimité du peuple est rejetée comme irréalisable; la majorité du peuple suffirait. Certains même veulent que la coutume ait fait l'objet de contradictions. Cf. Brie, *op. cit.*, pp. 146-150. De même on s'est demandé si le consentement des femmes était requis pour l'établissement de la coutume, alors que pour la confection de la loi on n'en tenait aucun compte. Enfin il n'est pas jusqu'aux conditions de l'émission de ce *consensus* tacite que les auteurs ne se soient plu à définir et à énumérer. Cela prouve les difficultés du problème tel que l'envisage cette théorie romaine.

et ne précède pas l'établissement de la norme juridique. Admettre que le consentement tacite crée les coutumes juridiques, c'est prendre l'effet pour la cause.

Le second groupe d'opinions émises sur la nature du droit coutumier est constitué par l'école historique allemande¹. Par réaction contre la théorie romaine, l'école historique soutient que le peuple était étranger à la formation de la coutume. Pour elle, le droit est simplement un produit naturel et spontané du développement social, au même titre que les mœurs et la langue. Dès lors, la coutume est due à l'unique action des forces naturelles. Le peuple ne crée pas la coutume; il la perçoit, il la constate. La conscience, l'instinct, l'intuition du peuple remplacent la volonté du peuple. Les règles juridiques s'imposent d'elles-mêmes. L'usage, bien loin de créer la coutume, prouve simplement son existence : c'est que la règle coutumière a déjà autorité avant de s'affirmer dans des applications.

Cette théorie a le mérite de mettre en lumière l'influence des lois sociologiques sur la notion du droit.

¹ Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, Erlangen, I et II, 1828-1837; Savigny, *System.*, I, 1840, §§ 7 à 30; Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht*, Leipzig, 1843; Thoel, *Volksrecht und Juristenrecht*, Rostock, 1846; Stobbe, *Handbuch*, I, § 22, pp. 167-169; Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, pp. 22-23; P.-F. Girard, *Manuel élémentaire du droit romain*, 6^e édit., Paris, 1918, p. 13 et suiv. Ces auteurs inclinent plus ou moins nettement vers cette école historique; M. Cug, par contre (*Manuel des Institutions juridiques des Romains*, Paris, 1917, p. 15 et suiv.), tendrait à considérer la coutume du point de vue de la théorie romaine.

Les mœurs constituent le fond commun d'où jaillissent toutes les sources du droit positif. Mais, du moins, le jeu des forces obscures de la nature est impuissant à lui seul, à produire de véritables coutumes juridiques. Il lui faut la collaboration incessante de l'homme. Sans le secours de l'homme, la coutume n'arriverait pas à se dégager de la gaine des mœurs. Le droit ne se forme pas tout seul, l'homme n'assiste pas à son éclosion passivement. Et la meilleure preuve, c'est la nécessité du rôle des experts, qui révèlent le droit coutumier. Or, nous trouvons précisément l'institution des experts dans tous les milieux coutumiers. Ces experts seraient évidemment inutiles, si l'établissement de la coutume était dû à la pratique spontanée et instinctive de la foule. Ainsi la théorie de l'école historique, comme la théorie romaine dont elle est l'antithèse, ne peut être acceptée.

Une troisième opinion, représentée surtout par M. Gény¹, soutient que la coutume proviendrait du consentement des intéressés, y compris de ceux qui en souffrent. Il y aurait une sorte d'harmonie préétablie entre ceux qui sont régis par la coutume. Ce n'est plus le peuple, c'est une série d'individualités qui créerait la coutume, mais les intéressés seuls y participeraient.

¹ Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, édition récente en deux volumes, Paris, 1919. Quant à M. Boistel (*op. cit.*, II, p. 413 et suiv.), tout en étant d'accord avec M. Gény, il note cependant que juridiquement le consentement de ceux contre qui l'on règle la modalité des droits n'est pas absolument nécessaire.

Cette doctrine, au lieu d'échapper aux reproches adressés aux deux précédentes théories, les encourt au contraire cumulativement. Qu'est-ce en effet que ce consentement des intéressés?

Est-ce un acte de volonté? Les faits actuels, dans ce cas, sont d'un précieux enseignement. Les conflits entre patrons et ouvriers ne s'apaisent pas d'eux-mêmes par des actes d'abnégation réciproques. Il faut l'intervention d'une autorité pour arrêter et terminer ces conflits, qui ne s'éteindraient jamais spontanément. Le droit se fixe après des luttes. S'il avait fallu l'adhésion de tous ceux qui en souffrent, les règles n'auraient jamais pu s'implanter. Cette harmonie mystique des volontés, d'où naîtrait la coutume, est un leurre. Et si nous constatons une sorte de consentement général, c'est au lendemain de l'établissement de la coutume et non à la veille de sa formation.

Est-ce un acte de foi de la part des intéressés dans le caractère obligatoire de la coutume? S'il en était ainsi, on ne concevrait pas que l'existence de la coutume fût ignorée des intéressés eux-mêmes ni que des experts fussent nécessaires pour révéler aux intéressés la coutume qui les régit.

Cette théorie n'est pas précise : elle ne dit pas nettement¹ si elle vise un acte de volonté ou bien un acte de foi de la plupart des individus qui tombent

¹ Gény, *op. cit.*, II, p. 360 et suiv. Nous ajoutons que récemment en Allemagne les idées de M. Gény viennent d'être soutenues par Max Gmür (*Zivilgesetzbuch und Gewohnheit*, Berlin, 1919, Festgabe an Prof. Dr Eugen Huber, Bern).

sous l'application de la coutume. De plus, la substitution des intéressés au peuple complique inutilement le problème de la source du droit coutumier. Le fait que les intéressés s'insurgent contre la coutume établie prouve clairement que ces intéressés ont été incapables de la créer par leurs seules forces et même d'en percevoir d'instinct le caractère obligatoire. Une autorité chargée d'établir un précepte obligatoire est indispensable.

Une pareille observation a conduit des auteurs, que nous classons dans la quatrième théorie, à placer la source de la coutume dans les décisions judiciaires ¹.

¹ Cf. Lambert, *Etudes de droit commun législatif ou de droit civil comparé*, Paris, 1903 ; Valette, *Du rôle de la coutume dans l'élaboration du droit privé positif actuel*, thèse, Lyon, 1908. Ce dernier auteur soutient que le droit coutumier se forme par la Jurisprudence et en outre par la pratique extrajudiciaire. Il nous semble difficile d'admettre que la pratique extrajudiciaire soit une source du droit indépendante. Rien ne distingue cette pratique extrajudiciaire du simple usage. Or le simple usage n'est pas une coutume juridique. Cf. aussi Réglade, *La coutume en droit public interne*, thèse, Bordeaux, 1919, qui en distinguant, à la suite de M. Duguit, les règles constructives et les règles normatives n'arrive pas en somme à des conclusions bien différentes de celles de M. Lambert. Les mœurs sont la matière première d'où jaillissent les productions du droit. L'homme ne fait qu'opérer la transmutation du sentiment juridique en normes, mais encore le concours de l'homme est-il absolument indispensable. Nous ajoutons que nous nous associons pleinement aux déclarations de M. Réglade quand il attribue à M. Géný le rare mérite d'avoir révélé les défauts de l'école de l'exégèse en droit civil et d'avoir fondé ensuite l'école scientifique du droit. (Cf. Bonnecase, *L'école de l'exégèse en droit civil*, Paris, 1919.) Nous regrettons seulement que M. Géný ne puisse, avec sa conception *a priori* de la coutume, réserver une place plus grande à la Jurisprudence. Les reproches qu'il adresse à la Jurisprudence peuvent abso-

M. Planiol, notamment, invoque à la fois des arguments de raison et des arguments historiques¹.

lument et mot pour mot s'appliquer à sa conception de la coutume (défaut de date fixe dans l'établissement de la règle, rétroactivité, absence de publication...) et d'ailleurs ne sont que l'expression de la nature du droit qui se développe par les voies extralégislatives. Il nous semble au contraire que la Jurisprudence, à l'heure actuelle, soit en réalité la source du droit la plus abondante. *Le juge n'est pas maître des cas qui sollicitent son examen*; ces cas peuvent être ou non prévus par le législateur; il y a des chances pour que souvent le législateur ne les ait pas encore tous prévus *et pourtant le juge doit absolument fournir une réponse*. Pour cela, le juge transmute le sentiment juridique en norme. Le législateur intervient pour rectifier la Jurisprudence ou pour donner des directives. (Cf. pour le rôle du juge *infra*, chap. II.) Nous nous hâtons d'ajouter qu'il s'agit là d'une simple réflexion de notre part et qu'il y aurait peut-être lieu de reprendre la question en s'inspirant moins des conceptions *a priori* que des faits élémentaires qui nous suggèrent cette opinion.

¹ C'est l'opinion de nos premiers jurisconsultes du Moyen Age. A cette tradition se relie notamment Stintzing, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*; Blackstone, *Commentaries on the law of England*, d'après la traduction française de Chompré, 1822, I, p. 104 et suiv.; Pollock et Maitland, *History of English Law*, tome I, livre I, chapitre III, pp. 85-86 et suiv.; Planiol, *op. cit.*, I, pp. 5-7; Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, p. 21. A vrai dire, ce dernier auteur n'identifie pas la coutume avec la Jurisprudence. Pour lui, les sources du droit sont au nombre de trois : la loi, la coutume et la Jurisprudence. La coutume se forme spontanément; la Jurisprudence se constitue par le jeu répété des décisions judiciaires. Pourtant l'auteur semble gêné pour séparer la coutume et la Jurisprudence, il déclare (Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, I, 19, Paris, p. 28) que les différences sont imperceptibles, puisque la constatation de la coutume revient aux tribunaux et que la coutume n'a de force obligatoire qu'autant qu'ils reconnaissent et tant qu'ils reconnaissent l'existence de la coutume. C'est par ce moyen que M. Capitant concilie sa théorie de la coutume avec le rôle de la Jurisprudence comme source du droit. Cf. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, I, p. 160, qui fait également de la Jurisprudence une source distincte.

Pour cet éminent civiliste, une règle de droit suppose évidemment une contrainte, c'est-à-dire une volonté supérieure à celles qui obéissent, et cette contrainte ne peut venir que de la loi ou du juge. D'ailleurs, la nature du droit coutumier est un fait qui se vérifie par l'histoire. Et M. Planiol rappelle que la géographie de nos anciennes coutumes du Moyen Age concorde avec les ressorts judiciaires; or ces coutumes ne sont que des formations jurisprudentielles locales. Nos anciens auteurs, tels que Philippe de Novare, Philippe de Beaumanoir et Jacques d'Ableiges, quand ils nous exposent notre droit coutumier, indiquent seulement ce qui se jugeait habituellement de leur temps. D'ailleurs on a toujours considéré comme une condition essentielle de la coutume la *rationabilité* de l'usage. Or, il est clair que si l'usage était par lui-même obligatoire, il le serait, quoique mauvais. Dès l'instant qu'il a besoin d'être approuvé par la justice, c'est que la force de contrainte n'est pas pour lui une vertu intrinsèque : elle lui vient du dehors.

Si la Jurisprudence est l'organe du droit coutumier, il faut reconnaître à la Jurisprudence une aptitude à créer du droit au même titre que la législation. M. Planiol ¹ l'admet et souligne l'importance de cette

¹ Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, p. 45. M. Capitant (*Introduction à l'étude du droit civil*, p. 33) admet ce rôle créateur de la Jurisprudence et réfute l'objection de M. Génv, relative au principe de la séparation des pouvoirs, qui interdirait au juge de créer du droit. Les faits l'emportent sur les théories.

source du droit¹. Sans doute, en apparence, la tâche du juge est bien modeste à côté de celle du législateur. Pourtant elle est, en réalité, presque égale. La loi n'a de valeur que si on l'applique et par la manière dont on l'applique. Or, il y a un fait universel : l'interprétation des lois par l'autorité judiciaire fournit mille occasions de modifier la règle légale, et, parfois même, le juge arrive à paralyser les volontés du législateur. De nos jours, l'exemple le plus frappant de cette action de la Jurisprudence est l'évolution, qui a conduit les tribunaux à rendre saisissables les rentes sur l'Etat, malgré les lois de l'an VI et de l'an VII, qui les déclaraient insaisissables. Et même la Jurisprudence donne des preuves d'une hardiesse plus grande

¹ Les théories précédentes, qui placent le fondement de la coutume soit dans la volonté, soit dans le sentiment juridique du peuple ou seulement des intéressés, sont logiquement réfractaires à toute idée d'apport judiciaire. Un pareil fondement de la coutume est incompatible avec l'usage judiciaire, qui est imposé par l'autorité publique. D'un autre côté la Jurisprudence, c'est un fait, a un rôle créateur. Comment qualifier dès lors cette source du droit qui dérive de la pratique judiciaire ? Les auteurs sont embarrassés. M. Gény refuse à la Jurisprudence le titre de source du droit et dénie à l'usage judiciaire le caractère de coutume. Par là cet auteur reste logique avec sa conception de la coutume. Seulement le fait de la création du droit par la Jurisprudence demeure inexpliqué et amène l'auteur à faire des concessions malgré lui et à voir finalement dans la Jurisprudence le *propulseur* éventuel des coutumes. Après avoir exclu en principe la Jurisprudence de toute attache avec l'idée même de coutume, M. Gény en vient à l'accueillir sous la pression des faits et à dénoncer lui-même la fragilité de sa théorie sur la source de la coutume. Quant à M. Capitant, il croit concilier la théorie et les faits en faisant tout simplement de la Jurisprudence une source à part, distincte de la coutume qui est le fruit du milieu social. Or la séparation établie entre la coutume et la Jurisprudence n'est pas probante.

encore, quand elle règle des matières que la loi n'avait absolument pas prévues, ainsi les assurances terrestres. La Jurisprudence mérite certainement d'être considérée comme une source véritable du droit.

Cette théorie est certainement supérieure à toutes les précédentes. En faisant de la Jurisprudence l'organe du droit coutumier, elle explique d'une manière satisfaisante la source du caractère obligatoire de la coutume et les faits, cités par elle pour démontrer que la Jurisprudence est, au même titre que la législation, une source du droit, sont inattaquables. Par là, semble-t-il, se trouve même accentuée la diversité des deux notions de loi et de coutume. L'une émane du pouvoir législatif, l'autre, dont les théories précédentes n'arrivaient pas à préciser au juste la source, provient, dans l'opinion partagée par M. Planiol, du pouvoir judiciaire ¹.

Avec la source de la coutume, l'antériorité de la coutume par rapport à la législation est une question que les auteurs résolvent en sens divers.

Selon M. Planiol ², la coutume, qui n'est autre que la Jurisprudence, n'a pas un âge plus ancien que la loi. Toutes les deux se retrouvent partout et toujours;

¹ L'autorité d'où dérive la loi et celle d'où provient la Jurisprudence ne sont pas pareilles. Ce dualisme est-il primordial ? Le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire se distinguent de nos jours, mais en a-t-il toujours été ainsi ? Là est la question.

² Planiol, *op. cit.*, pp. 5-7, dont les idées sur la source de la coutume placée dans la Jurisprudence donnent satisfaction, émet, au contraire, sur l'âge de la coutume des idées qui sont en contradiction avec les données de l'histoire.

mais elles ont un sort bien différent. La coutume est d'abord la source la plus abondante, elle est même, dans les sociétés peu avancées, la source principale du droit. Il en est de même dans les périodes de décadence où les lois redeviennent rares. On n'en fait plus et celles qui existent s'oublient. Le pouvoir central n'est plus assez fort pour en établir de nouvelles ou pour faire obéir les anciennes. Dans les périodes de force et de bonne organisation, il existe, au contraire, un pouvoir qui veille aux intérêts généraux et qui, pour régner, fait des lois et les maintient. Aussi M. Planiol de conclure ¹ en résumant sa pensée dans cette règle d'après laquelle la coutume et la loi sont productives en raison inverse l'une de l'autre selon le temps et le milieu.

Il résulte de cette opinion que la loi et la Jurisprudence sont de même date, sauf à être chacune d'une productivité différente. Et, comme la coutume se constitue pour le même auteur par la Jurisprudence, il semblerait que la coutume ou la Jurisprudence n'a pas pu précéder la loi, car la Jurisprudence supposerait l'existence préalable d'une loi à appliquer. Les tribunaux ne peuvent dater que du moment où la législation a été connue comme source du droit ².

¹ Planiol, *op. cit.*, p. 6. Au contraire, M. Capitant (*Introduction à l'étude du droit civil*, p. 33) reconnaît que la coutume a été la première manifestation du sentiment juridique, bien avant la loi. Nous savons que cet auteur sépare coutume et Jurisprudence.

² C'est en effet ce qui résulte de la confrontation des opinions de M. Planiol sur la source et sur l'âge de la coutume. Quant à M. Capitant, il admet implicitement aussi que la Jurisprudence, qu'il déta-

Or ces idées sont en complet désaccord avec les vues du même auteur sur la coutume et avec les faits historiques eux-mêmes.

M. Planiol reconnaît à la Jurisprudence une originalité particulière : il fait de la Jurisprudence une source du droit presque aussi importante que la législation ¹. Les tribunaux peuvent paralyser la loi; bien mieux, par suite de la nécessité où ils sont de statuer sur tous litiges qu'on leur soumet, ils font eux-mêmes la loi, quand les questions à régler n'ont pas été du tout prévues par le législateur. Dès lors comment concilier ce point de vue, qui s'appuie sur des faits incontestables, avec l'idée que la Jurisprudence ne peut pas avoir existé avant la loi? On affirme l'indépendance de la Jurisprudence par rapport à la loi et on soutient aussitôt sa subordination à la loi. Il y a là évidemment une contradiction ². Admettra-t-on que la Jurisprudence a été, au début, subordonnée à la loi et que peu à peu elle a conquis la liberté de régler des questions non prévues par la loi? Ce serait une supposition arbitraire ³.

che expressément de la coutume, a dû nécessairement suivre l'apparition de la législation, ou tout au moins être au plus tôt contemporaine de la législation. Mais remarquons bien que ces deux civilistes, malgré leurs divergences de vues sur la source de la coutume, s'accordent pour envisager toujours la Jurisprudence en fonction de la législation.

¹ Cf. *suprà*, pp. 17-18.

² Cette contradiction est le fait de tous ceux qui considèrent la Jurisprudence comme une source du droit qui n'est apparue qu'avec la législation.

³ Cette supposition n'a d'ailleurs pas été directement exprimée, du

Les indications fournies par l'histoire infligent d'autre part un démenti formel à l'affirmation de l'apparition simultanée de la coutume et de la loi. Les historiens du droit relèvent en effet, au début de l'histoire des peuples, une phase exclusivement coutumière. On est d'accord pour découvrir¹ chez les Romains une période où la législation n'existait pas encore. C'est le temps qui part de la fondation de Rome et s'étend jusqu'à la loi des XII Tables au moins. La seule source du droit, alors connue, était la coutume (*mos majorum*). D'autre part, le droit comparé nous enseigne que ce n'est pas là un phénomène particulier au peuple romain. Les civilisations primitives, qu'il nous est permis d'analyser à leur début, notamment celles des pays scandinaves jusqu'au XI^e siècle environ², nous attestent également que la législation n'est apparue qu'après une longue période où seule la coutume existait. Ces faits ne se discutent pas. L'histoire les constate³.

moins à notre connaissance. D'ailleurs l'histoire et les faits seuls peuvent nous éclairer. La théorie ne fait que compliquer la question par des suppositions arbitraires.

¹ P.-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 6^e édit., Paris, 1918, p. 23 et suiv.; Cuq, *Manuel*, 1917, Paris, p. 15 et suiv.

² Beauchet, *Etude sur les sources du droit suédois jusqu'au XV^e siècle*, N. R. H., XIV, 1890, pp. 720-725.

³ M. Capitant échappe à la critique sur ce point-là. C'est que pour lui la coutume est par rapport à la législation non pas contemporaine mais antérieure. Par là cet auteur est d'accord avec l'histoire et se sépare de M. Planiol, qui n'admet pas que la coutume a précédé la législation dans l'histoire des sociétés. Mais tous deux encourent la même critique de soutenir le rôle créateur de la Jurisprudence et de n'envisager la Jurisprudence qu'en fonction de la législation.

Ainsi, contrairement à l'opinion de M. Planiol, la coutume a précédé la législation dans l'histoire des peuples. Mais alors la Jurisprudence a été connue bien longtemps avant la législation : elle a été une source du droit antérieurement à la loi?

Les historiens, à qui nous devons la révélation de l'antériorité de la coutume, n'admettent pourtant pas cette conséquence, car, pour eux aussi bien que pour les civilistes, il n'est sans doute pas possible d'envisager un seul instant l'idée même de l'existence du juge avant celle du législateur. Aussi se voient-ils réduits à se séparer de l'opinion représentée par M. Planiol sur la source de la coutume et à se mettre par là même en désaccord, à leur tour, avec les données de l'histoire elle-même sur la source judiciaire de la coutume. Pour eux, le droit coutumier, au lieu d'être élaboré, comme l'admet M. Planiol sur les données de l'histoire, par la Jurisprudence, proviendrait de ces usages, formés par un travail anonyme inconscient et que les peuples primitifs ne songeaient pas plus à modifier que les lois naturelles¹. Or cette définition de la coutume encourt tous les reproches

¹ Cf. Girard, *Manuel*, 6^e édit., p. 15 et suiv.; Cuq, *Manuel*, p. 28 et suiv. Les historiens, qui constatent l'antériorité de la coutume par rapport à la législation, n'éclairent pas cette donnée avec celle qui est relative à l'association faite incessamment par nos anciens auteurs entre la coutume et la Jurisprudence. Se conformant à l'histoire sur un point, ils s'en éloignent sur l'autre. C'est ce que l'on peut dire aussi de M. Planiol, qui suit les données de l'histoire sur la question de l'assimilation de la coutume à la Jurisprudence et qui, par contre, les perd de vue sur l'antériorité de la coutume chez les peuples par rapport à la législation.

adressés à l'école historique allemande. Le milieu social est incapable de créer par lui-même des coutumes juridiques sans la collaboration de l'homme. De plus, la coutume, ainsi caractérisée, ne trouve aucun point d'appui dans l'histoire, qui associe au contraire la coutume et la Jurisprudence.

**

Les contradictions des auteurs modernes s'expliquent par le fait que ces auteurs, frappés de l'épanouissement actuel de la loi et de la coutume, ainsi que du parallélisme existant de nos jours dans leur développement, sont pénétrés avant tout de l'idée que coutume et loi sont deux notions essentiellement indépendantes l'une de l'autre et l'ont été dès leur apparition ¹. C'est évident aussi bien pour M. Planiol, qui affirme que ces deux sources du droit sont nées simultanément, que pour les historiens, qui admettent au contraire qu'elles sont apparues successivement : d'un côté, en effet, si la nature judiciaire attribuée à la coutume n'empêche pas un trait d'union avec l'idée de loi, c'est la simultanéité dans l'apparition de ces deux notions qui l'exclut, et d'un autre côté, si la succes-

¹ M. Capitant (*Introduction à l'étude du droit civil*, p. 33) déclare, en effet, nettement que la loi et la coutume sont deux modes de production différents, inassimilables. Actuellement la chose paraît évidente, mais est-ce de l'essence de la coutume d'être ainsi opposée à la loi ? L'histoire seule peut répondre en nous éclairant sur les progrès accomplis par l'esprit humain dans l'élaboration des règles juridiques.

sion relevée dans l'apparition des deux conceptions permet de localiser la coutume avant la loi et d'envisager la possibilité d'une évolution de la coutume à la loi, c'est la nature d'usages créés par le milieu social qui, prêtée à la coutume, empêche d'apercevoir un lien quelconque entre la coutume et la loi.

Non seulement le point de départ était à vérifier : la distinction primordiale faite¹ entre la coutume et la loi n'est pas une vérité par elle-même qui se passe de démonstration, mais la méthode suivie par les auteurs ne pouvait pas les conduire à des résultats bien établis au sujet de la source et de l'antériorité de la coutume.

Chacun semble, en effet, s'être fait d'abord une idée de la coutume, puis avoir considéré cette définition comme ayant implicitement toujours existé à travers les âges.

De là des différences profondes qui séparent ces théories les unes des autres. Certaines considèrent comme essentiel dans la conception de la coutume ce que d'autres excluent ou tiennent pour accidentel. Ainsi la Jurisprudence est tour à tour comprise ou éliminée par les auteurs comme facteur déterminant de la coutume. Toutes cependant semblent avoir ceci de commun qu'elles reçoivent de l'histoire tantôt des confirmations sur certains points, tantôt des réfutations sur d'autres.

¹ Les Romains des derniers siècles établissent aussi cette distinction et se figurent que coutume et loi ont des caractères spécifiques différents.

De là proviennent aussi les inconséquences de chaque théorie prise isolément. Ou bien les faits incontestables et qui vont à l'encontre du principe de la coutume posé obligeront l'auteur, sous peine de les laisser sans explication, à faire des concessions qui annihilent ou dénatureront sa définition de la coutume. On constatera, par exemple, le rôle créateur de la Jurisprudence et l'on cherchera, malgré tout, à concilier ce fait évident avec une conception de la coutume, qui normalement doit amener à refuser au juge le pouvoir de collaborer à la formation du droit coutumier. Ou bien des principes seront affirmés sur des faits, mais leurs conséquences resteront inaperçues. C'est ainsi qu'en admettant le rôle créateur de la Jurisprudence en l'absence de la loi, on supposera aussitôt que la Jurisprudence n'a pu se constituer que le jour où la législation a été une notion connue chez les peuples.



Il convient de changer de méthode et de faire appel davantage aux faits. La coutume comme la législation ont eu leur histoire : elles ont changé d'aspect et de caractère suivant les époques. Si nous résumons les arguments que l'histoire a fournis aux précédentes théories sans tenir aucun compte des idées mêmes sur lesquelles reposent ces théories, nous arrivons déjà sur deux points à faire des constatations intéressantes : historiquement, d'une part, la cou-

tume et la Jurisprudence sont toujours associées et même confondues¹; et, d'autre part, la coutume a précédé chez les peuples la législation².

Ces données résultent de l'histoire générale. Mais l'époque franque, seule, a un mérite tout particulier et profondément instructif. Les monuments juridiques de cette époque, et notamment la coutume salienne et les capitulaires francs, complètent et précisent ces renseignements en nous permettant d'en faire en quelque sorte la contre-épreuve. Grâce à eux, nous apprenons que la Jurisprudence a précédé de longue date la législation et que la législation, loin d'avoir été toujours un mode original et indépendant dans la production du droit, a emprunté en naissant l'organisme judiciaire déjà existant.

Les premières institutions d'arbitrage ou de juridiction sont celles qui ont créé la *lex* primitive à l'aide de leurs propres décisions. L'assemblée judiciaire, que nous retrouvons à l'origine de la *lex salica*, est le siège primitif de l'élaboration du droit.

Constituée par deux facteurs essentiels, diseur de droit et peuple, elle représente dans le règlement des conflits des individus entre eux le premier essai de substitution du droit à la force brutale jusqu'alors omnipotente. Le peuple, dont l'attitude n'était ni purement passive, ni limitée à un simple rôle de publicité, n'avait pourtant pas qualité pour découvrir la

¹ Cf. *suprà*, p. 18.

² Cf. *suprà*, p. 23.

lex applicable au procès. Le diseur de droit, seul en possession des secrets de la divinité ou des indications de la *lex*, déclarait la *lex* sous le contrôle du peuple.

Les décisions de cet organisme judiciaire se présentent sous deux formes : d'abord les jugements concrets, ensuite les jugements abstraits.

Les jugements concrets sont ceux qui sont émis sur les procès à la demande des parties. Les premiers apparus, ils restèrent définitivement aussi à la compétence exclusive de l'assemblée judiciaire. Dire le droit aux parties en lutte est la raison même de l'organisme judiciaire. Le conflit a été la première forme sous laquelle s'est posée une question juridique. Le diseur de droit, sans avoir recours encore à la force publique comme le juge moderne, déclarait simplement qui avait tort ou raison, et sa sentence, non encore munie de la force exécutoire, fixait le droit. Le nombre des cas de droit ainsi fixés s'augmentait au fur et à mesure que des procès nouveaux se posaient et l'ensemble de ces décisions concrètes rendues sur des questions isolées les unes des autres constituait précisément la *lex* primitive. C'est là une constatation qui nous permet de nous représenter cette *lex* primitive comme foncièrement créatrice.

Les jugements abstraits sont émis, au contraire, en dehors de tout procès. Leur apparition, qui marque un progrès considérable dans l'histoire de la notion de droit, date d'un moment où les jugements concrets étaient déjà en nombre considérable. La multiplicité des décisions judiciaires exposait le droit à l'oubli.

Aussi voyons-nous se développer dans le cadre même de l'assemblée judiciaire l'usage d'une conférence annuelle, destinée à rappeler au peuple assemblé les cas de droit antérieurement fixés à l'occasion des procès passés. Le diseur de droit dans cette conférence fut amené naturellement à prévoir des cas de procès futurs et à exposer ainsi d'avance les solutions qu'il donnerait au moment où ces cas de procès se poseraient. Désormais c'était la possibilité ouverte de fixer la *lex* en vue de l'avenir. Au lieu d'être subordonnée à l'existence nécessaire d'un procès comme c'était le cas pour le jugement concret, la création de la *lex* ne dépendait plus que de l'invention par le diseur de droit de cas de procès, et, comme ces hypothèses de cas de procès pouvaient être multipliées à volonté, la *lex* pouvait se constituer bien plus rapidement. Sans doute, le jugement abstrait n'est pas encore notre conception moderne de la loi, qui éveille en nous l'idée de règle générale : il est limité à un cas de procès futur : c'est seulement un *cas de loi*. Mais il a en lui un germe vigoureux, l'hypothèse, qu'il reste à cultiver pour aboutir peu à peu à la loi.

Ainsi la coutume primitive, appelée *lex*, est l'œuvre de l'assemblée judiciaire et contient dans les jugements concrets le germe de notre conception moderne de la Jurisprudence et dans les jugements abstraits celui de notre notion de loi. Ces deux modes de production du droit, aujourd'hui différenciés et spécialisés, étaient confondus à l'origine et avaient pour s'exprimer un seul et même organe, l'institution

judiciaire. C'est ce que nous indique l'étude de la *lex salica*.

Les capitulaires francs ne sont pas d'un intérêt moindre pour nous permettre de suivre les transformations de la *lex* et l'apparition de plus en plus accentuée de la législation. Tandis qu'en effet le jugement concret resta du domaine de l'assemblée judiciaire, le jugement abstrait se détacha de l'institution judiciaire, passa entre les mains de l'autorité gouvernementale, se constitua un organe appelé plus tard l'organe législatif et devint une source de droit d'une fécondité extraordinaire.

Dès avant les invasions, le roi avait une situation prépondérante. La première application qu'il fit de son autorité fut, semble-t-il, d'assurer la sanction publique des révélations de la *lex* dans l'assemblée judiciaire par le diseur de droit. Puis le roi tâcha, au fur et à mesure de l'affermissement de son autorité, de s'emparer du pouvoir législatif.

Jaloux de l'autorité rivale des diseurs de droit, il surveille de plus en plus étroitement la conférence annuelle de ces personnages et arrive à faire perdre aux diseurs de droit leur situation indépendante et à les traiter comme des fonctionnaires directement placés sous ses ordres. Le roi s'empare de leur travail et le publie en leur lieu et place. C'est lui qui, dorénavant, émet des jugements abstraits. Pour cela, l'autorité de la *lex* est seule invoquée comme si le roi n'était que l'interprète de cette puissance supérieure appelée la coutume.

D'autre part, l'influence romaine et l'influence de l'Eglise catholique poussaient le roi à faire acte d'autorité. Les Romains, notamment, étaient arrivés à notre conception moderne de la loi établie par l'autorité publique, sanctionnée par elle et embrassant un nombre indéterminé d'actes ou de faits. Dans les derniers siècles, la loi romaine s'identifiait surtout avec la constitution impériale émise d'autorité. Les Francs ne pouvaient se hausser d'un seul coup à cette conception de la loi : le roi s'efforça du moins de s'en inspirer.

De là résulte, au lendemain des invasions, l'existence simultanée en droit franc de deux conceptions juridiques. Tantôt le roi se sert de l'ancien mode de révélation de la *lex* devant le peuple et se présente comme héritier des fonctions du diseur de droit en délivrant des jugements abstraits ; tantôt le roi, cherchant à copier l'empereur romain, émet des capitulaires, qui puisent leur autorité dans la seule volonté du roi. Les vestiges de l'ancienne forme de révélation de la *lex* se rencontrent en même temps que les essais d'acclimatation de la notion nouvelle et encore imparfaite de la loi.

L'existence et la lutte des deux conceptions germanique et romaine permet, croyons-nous, d'expliquer les controverses soulevées par la célèbre théorie de Borétius sur les capitulaires et de saisir les deux premières étapes de l'évolution de la notion de loi moderne. La loi se présente sous les dehors de l'ancienne forme judiciaire du jugement abstrait, puis

s'affiche ouvertement, pas encore comme une règle générale ainsi que notre loi moderne, mais tout au moins comme un ordre général.

Telle est, pensons-nous, l'histoire de la notion de loi d'après la *lex salica* et les capitulaires. L'assemblée judiciaire a précédé l'apparition de la législation et lui a donné naissance si bien que la législation s'est ressentie longtemps de cette origine. Le cadre dans lequel nous disposerons les recherches qui nous ont amené à ces résultats apparaît ainsi tout naturellement et comprendra les deux livres suivants :

Livre I. — La notion de loi dans la coutume salienne.

Livre II. — Ses transformations dans les capitulaires.

LIVRE PREMIER

LA NOTION DE « LEX » DANS LA COUTUME

SALIENNE

Jusqu'au moment où les Germains entrent en contact avec la civilisation romaine et chrétienne, le droit germanique est purement coutumier et non écrit. Avec les invasions, la situation tendit à se modifier : les divers peuples germaniques s'avisèrent, eux aussi, d'avoir comme les Gallo-Romains leur droit écrit. Alors apparurent successivement ces constatations écrites de droit coutumier que nous appelons *leges barbarorum*.

De toutes ces *leges*, la *lex salica* est celle qui, lors de sa mise par écrit, a le moins subi l'influence chrétienne ou l'empreinte romaine¹. C'est la coutume

¹ Brunner (*Deutsche Rechtsgeschichte*, I², Leipzig, 1906, p. 438, n° 43) soutient que la *lex salica* aurait été influencée par l'imitation des fragments de Paris (code wisigothique d'Euric). Mais les similitudes relevées par Brunner sont trop superficielles et trop peu nombreuses pour être probantes. De plus, l'attribution à Euric, de ces fragments de Paris et, par conséquent, l'antériorité de ces fragments par rapport à la *lex salica* sont loin d'être établies. — Tardif (*Histoire des sources du droit français*, origines romaines) est un des auteurs qui ont le plus énergiquement soutenu que la *lex salica* est en réalité une œuvre romaine. Brissaud (*Extrait des Mémoires de l'Académie des Sciences, Inscriptions et Belles-Lettres de Toulouse*, 9^e série, tome III, année 1891) a réfuté cette opinion en insistant sur les

des Francs Saliens que nous devons examiner pour retrouver dans l'état de pureté et d'originalité le moins imparfait possible les traits caractéristiques de la coutume ancienne.

Grâce à l'examen critique des prologues de la *lex salica*, nous sommes conduit à admettre que l'origine de la coutume salienne est à chercher dans l'administration de la justice chez les Francs Saliens. Le rapprochement de certains textes appartenant aux autres *leges* germaniques achève, au surplus, de nous démontrer que l'assemblée judiciaire apparaît, au début des sociétés, comme le siège de l'élaboration de la *lex* primitive.

Cette constatation initiale nous amène ensuite à étudier à la fois le fonctionnement de l'assemblée judiciaire et les décisions rendues par elle. D'une part, deux éléments essentiels constituent originairement les rouages de cette assemblée : d'abord le diseur de droit, ensuite le peuple. Les relations de ces deux

éditions successives de la *lex salica*, dont quelques-unes, les plus tardives, ont seules pu subir l'influence romaine et chrétienne. La *lex salica*, on l'admet généralement de nos jours, est une œuvre originale, pure de toute influence étrangère. Ce n'est pas une compilation composée d'éléments hétérogènes plus ou moins habilement réunis, c'est l'expression directe des coutumes des Francs Saliens. Si l'on trouve dans la *lex salica* des institutions communes au droit romain primitif, il ne faut pas croire que la *lex salica* a plagié les écrits des premiers Romains et a laissé de côté ceux des Romains des derniers siècles, les plus rapprochés des invasions. Ces institutions communes s'expliquent tout simplement par la similitude des milieux sociaux et économiques où elles ont pris naissance. Les Francs Saliens en étaient au degré de civilisation qu'avaient connu les Romains primitifs.

puissances dans la découverte et la fixation de la *lex* constituent un problème délicat pour l'historien et cette question est même l'une de celles qui ont le plus contribué à donner naissance à une école de germanistes et à une école de romanistes chez les historiens du droit. Il n'est cependant pas impossible de proposer une conciliation entre les points de vue extrêmes. C'est pourquoi nous étudierons dans deux chapitres distincts le rôle du diseur de droit et le rôle du peuple.

D'autre part, si les décisions rendues par l'assemblée judiciaire sont toutes primitivement des sentences qui indiquent le droit sur chaque procès en cours, l'on voit apparaître aussi d'autres sentences émises en vue seulement de cas de procès futurs. Sentences concrètes et sentences abstraites se présentent comme l'expression d'une règle préexistante et, à ce titre, deviennent des précédents obligatoires pour l'avenir. La détermination de la nature et des effets des décisions rendues par la collaboration du diseur de droit et du peuple formera la matière d'un nouveau chapitre.

Enfin l'étude de la *lex salica*, considérée soit au point de vue externe, soit au point de vue interne, fera ressortir nettement, dans un cinquième et dernier chapitre, que la coutume salienne se présente comme la mise par écrit d'une tradition juridique orale et s'est constituée au cours du temps pièces par pièces à l'aide de décisions judiciaires sur cas concrets ou abstraits de procès.

CHAPITRE PREMIER

L'assemblée judiciaire est le siège de l'élaboration de la « *lex* » primitive.

Quelques auteurs ¹ considèrent la *lex salica* comme un code de lois, au sens moderne du mot. Bien loin d'être une œuvre traditionnelle et populaire, cette *lex* appartiendrait à l'époque même où elle a été écrite et émanerait de la royauté franque, seule autorité légale et officielle ayant, à la manière de l'empereur romain, la plénitude d'un pouvoir législatif parfaitement constitué.

Cette opinion, qui suppose l'identité de la *lex* primitive avec notre conception de loi moderne, se heurte directement aux données des prologues. Ces documents attribuent à la *lex salica* une origine judiciaire et la représentent comme une sorte d'énumération de décisions judiciaires sur des cas d'espèces. L'assemblée judiciaire aurait créé la *lex* primitive bien avant qu'un pouvoir législatif, pourvu d'un organe distinct de l'assemblée judiciaire, ait fait son apparition.

¹ Wiarda, *Geschichte und Auslegung des salischen Gesetzes*, Bremen, 1808; Thonissen, *L'organisation judiciaire, le droit pénal et la procédure pénale de la loi salique*, 2^e édit., Paris, 1882, p. 20; Fustel de Coulanges, *Histoire des Institutions politiques de l'ancienne France. La monarchie franque*, 3^e édit., Paris, 1912, pp. 14-19. 99 et suiv. Gaudenzi, *Salica legge*, Dig. ital., t. 21, 1891, p. 194 et s. -

La méfiance des auteurs à l'égard de ces données provient de ce qu'ils ont négligé l'intérêt qu'elles pouvaient présenter sur la constitution du droit primitif pour ne voir dans les prologues que les imperfections de forme, les erreurs, les exagérations et le caractère fantaisiste de certaines données et trouver là un motif de suspicion et d'exclusion à l'encontre de l'ensemble des informations contenues dans ces témoignages.

Il ne nous semble pas qu'une semblable condamnation puisse être définitive. Il ne faut pas oublier que ces prologues sont les seuls documents que nous ayons sur l'origine de la *lex salica*, ni que leurs indications sont, si l'on y regarde de près, extrêmement fécondes en enseignements sur l'histoire de la notion primitive de la loi. Ces raisons méritent que l'on examine à nouveau les motifs qui empêchent les auteurs de faire état des renseignements fournis par les prologues. Ces récits, malgré leurs imperfections indéniables, ne justifient peut-être pas le dédain absolu que l'on a pour eux. Sans aller jusqu'à leur accorder une foi complète, il est évidemment possible de ne pas rejeter d'emblée leurs mentions principales : un triage, délicat, à établir entre les données fantaisistes et celles qui ne le sont pas, serait peut-être indiqué.

C'est pourquoi nous rechercherons d'abord et surtout s'il existe dans les prologues des éléments qui se présentent entourés de garanties de crédibilité et, si cette question préalable est résolue en faveur des prologues, nous passerons ensuite à l'examen interne des allégations essentielles de ces documents pour en

développer la haute signification à la lumière du droit comparé.

SECTION I. — DANS QUELLE MESURE PEUT-ON FAIRE FOND
SUR LES DONNÉES DES PROLOGUES?

Les prologues de la *lex salica* sont au nombre de cinq. Trois nous révèlent les noms de ceux qui collaborèrent autrefois à la constitution de la *lex*. Cette donnée, alors même que nous n'aurions aucun doute sur l'authenticité de ces noms, ne nous fournirait aucun indice bien digne d'intérêt¹. C'est pourquoi nous pouvons les laisser de côté dorénavant. Il n'en est pas de même des deux autres prologues, d'ailleurs d'une étendue bien autrement considérable. Ceux-ci nous présentent des renseignements qui, sauf sur certains détails, constituent un exposé cohérent des origines de la *lex salica*.

¹ Au cours de notre étude, nous avons toujours suivi en principe, pour la citation des textes, l'édition Behrend (*Lex salica*, 2^e édit., Weimar, 1897). Exceptionnellement et quand nous avions à comparer entre elles les différentes familles de textes de la *lex salica*, nous avons utilisé l'édition anglaise Hessels (*Lex salica*, London, 1880); mais la mention de cette dernière édition a été signalée expressément, toutes les fois que nous avons eu recours à elle. Les prologues, dont il est question au texte, sont ainsi conçus (Behrend, p. 172) : Hoc sunt qui lege salica tractaverunt : Wisogast Widegast Arogast Bodegast Salegast Wisowando in Bodochaem et in Salachaem (prologue n° 3). Hec sunt nomina eorum qui fecerunt lege salicae : Wisuast Aroast Saleanats Vicats qui vero manserunt in lege salice in budice do micio fristatito (prologue n° 4). Hi autem sunt qui legem salicam tractaverunt : Wisogast Arogast Salegast Windogast in Bodham Salaham et Widham (prologue n° 5).

Ces deux modèles de prologues, qui retiendront notre attention, se distinguent extérieurement par leurs dimensions respectives. Aussi les désigne-t-on dans l'opinion courante, à laquelle nous nous conformerons du reste, par les dénominations de grand et de petit prologue.

Grand et petit prologue nous offrent deux rédactions, indépendantes l'une de l'autre, d'une tradition franque relative à l'origine de la *lex salica*. Un troisième document reproduit cette tradition d'après le petit prologue et nous permet ainsi de fixer la date avant laquelle elle a été mise par écrit pour la première fois. Ce troisième document, connu sous le nom de *Gesta Francorum*, date de 727. Dès lors, les deux prologues sont, pour le moins, antérieurs au commencement du VIII^e siècle¹. C'est là une donnée sûre pour la date extrême des prologues. Nous n'en avons pas d'autre qui puisse nous fixer une date plus précise.

Le grand prologue est ainsi conçu² :

Gens Francorum inclita auctore Deo condita fortis
in arma firma in pacis foedere profunda in consilio
corporea nobilis incolumna candore forma egregia
audax velox et aspera ad chatholica fide conversa et
inmunis ab herese dum adhuc teneretur barbara ins-
pirante Deo inquirens scienciae clavem juxta morum
suorum qualitatem desiderans justitiam custodiens

¹ Dom Bouquet, *Recueil des historiens des Gaules et de la France*, édition Deslisle, II, p. 543.

² Behrend, pp. 169-171.

pietatem dictaverunt salica lege per proceris ipsius gentis qui tunc tempore ejusdem aderant rectores electi de pluribus viris quattuor his nominibus : Wisogastis Bodogastis Salegastis et Widogastis in loca nominancium Salchamae Bodochamae Wido-chamae qui per tres mallos convenientes omnes causarum origines sollicite discuciendum tractandis de singulis judicibus decreverunt hoc modo. At ubi Deo favente rex Francorum Chlodoveus torrens et pulcher et primus recepit catholicam baptismum et quod minus in pactum habebatur idoneo per pro-consolis regis Chlodovehi et Hildeberti et Chlotharii fuit lucidius emendatum.

Vivat qui Francos diligit Christus eorum regnum custodiat rectores eorum lumen suae gratiae repleat exercitum protegat fidei munimenta tribuat pacem gaudia et felicitatem tempora dominancium dominus Jesus Christus pietate concedat. Hec est enim gens quae fortis dum esset et valida Romanorum jugum durissimum de suis cervicibus excusserunt pugnam dum atque post agnitionem baptismi sanctorum martyrum corpora quae Romani igne cremaverant vel ferro truncaverant vel bestiis lacerandum projecerant Franci super eos aurum et lapides praetiosos ornaverunt.

Le petit prologue, de son côté, s'exprime de la manière suivante ¹ :

¹ Behrend, pp. 171-172.

Placuit atque convenit inter francos et eorum proceres ut pro servando inter se pacis studio omnium incrementa virtutum rixarum odia resecare deberent et quia ceteris gentibus juxta se positis fortitudinis brachio prominebant ita etiam legis auctoritate praecellerent ut juxta qualitatem causarum sumeret criminalis actio terminum. Extiterunt igitur inter eos electi de pluribus quattuor viri his nominibus : Wisogaste Salegaste Arogaste et Widogaste in villis que ultra Renum sunt in Bodochem et Salechem et Widochem qui per tres mallos convenientes omnes causarum origines sollicite discutiendo tractantes judicium decreverunt.

Nous ne nous attarderons pas à discuter quel est le plus ancien des deux prologues ¹; nous admettrons,

¹ Cette question des relations d'ancienneté respective de l'un des prologues par rapport à l'autre est minutieusement étudiée par les auteurs allemands. Les prologues soulèvent des questions autrement intéressantes que ces questions de détail, auxquelles une importance exceptionnelle a été accordée par suite des controverses soulevées. Disons seulement que le plus long est considéré comme le plus ancien d'après la majorité des historiens. Sa date est nécessairement antérieure à l'année 727 (Cf. *suprà*, p. 40). On a essayé naturellement de préciser davantage et divers systèmes ont été édifiés à ce sujet. Bien que l'on ne puisse rien avancer de certain, nous croyons que le grand prologue pourrait remonter à la fin du VI^e siècle. On y sent passer, en effet, le souffle de toutes les grandes choses qui animèrent l'époque de la fondation du royaume. La conversion des Francs est un fait récent (*nuper*). On se souvient aussi du joug des Romains : l'opposition entre les Francs, dévots serviteurs des saints et vénérateurs de leurs reliques, et les Romains qui les ont livrés aux bêtes féroces, est nettement mise en relief. Enfin le prologue ne mentionne Clovis, Childebert et Clotaire que parce que sans doute il ne connaît pas d'autres rois qui aient fait des additions à la *lex satica*. D'ailleurs

conformément à l'opinion courante, que le grand prologue est le plus ancien. D'autre part, comme le petit prologue reflète, dans sa teneur essentielle, les mêmes informations principales sur l'origine de la *lex salica*, c'est le grand prologue dont nous nous préoccuperons désormais. Le passage intéressant est celui qui nous dit que la *lex salica* a été élaborée bien avant Clovis au cours de trois tenues distinctes de l'assemblée judiciaire (*per tres mallos*), dans des lieux et par des sages désignés.

Les auteurs qui n'ajoutent pas foi à cette donnée, pourtant commune aux deux prologues, invoquent un double motif : d'abord cette explication de l'origine de la *lex salica* est contredite par les épilogues de cette *lex*, ensuite l'allure extérieure du grand prologue dans tout son ensemble fait que l'on ne peut accorder à ce document la moindre créance. Nous analyserons successivement ces deux arguments et, après avoir mesuré leur portée, nous indiquerons à quel titre le prologue mérite, au contraire, d'être retenu et utilisé.

L'épithète de proconsul appliquée à Clovis par le grand prologue est un indice favorable à l'ancienneté de ce prologue ; les contemporains de Clovis ont seuls pu noter et retenir un trait pareil. Cf. Sohm, *Die fränkische Reichs und Gerichtsverfassung*, Weimar, 1871, pp. 49-54 ; Fahlbeck, *La royauté et le droit royal francs durant la première période de l'existence du royaume (486-614)*, traduit par Kramer, 1883, pp. 250-293 ; Waitz, *Deutsche Verfassungsgeschichte. Die Verfassung des fränkischen Reichs*, Ersten Bandes, erste Abtheilung, dritte Auflage, Berlin, 1882, pp. 119-128, où dans un excellent résumé des opinions émises soit pour soit contre l'antiquité plus haute du grand prologue par rapport au petit prologue, l'auteur conclut en faveur du caractère plus ancien du grand prologue.

La contradiction des épilogues. — La *lex salica*, en plus des prologues, contient parfois, dans certains de ses manuscrits, des épilogues au nombre de deux.

Le premier épilogue dit, dans son passage essentiel¹ :

Explicit lex salega qui vero cunlacio infra hae libros IIII continere viditur. Primus rex Francorum **statuit a primo titulum** usque LXII **disposuit judicare. Postmodo autem tempus cum optimatis suis** a LXIII titulum usque ad LXXVIII addedit. Sic vero Childeburtus rex post multum autem tempus pertractavit quid addere debirit. Ita a LXXVIII usque ad LXXXIII perinvenit quod ibidim digne inposuisse noscuntur et sic fratri suo Clotario hec scripta transmisit.....

Ici, Clovis est représenté comme ayant établi la *lex salica* depuis le titre premier jusqu'au titre soixante-deux. Des additions furent ultérieurement apportées par lui jusqu'au titre soixante-dix-huit, puis plus tard par Childeburt et Clotaire.

Le deuxième épilogue déclare de même² :

Explicit legis salicae liber III. Quem vero rex Francorum **statuit et postea una cum Francis pertractavit ut et a tres titulos aliquid amplius adhesit**, sicut a primo ita usque ad LXXVIII perduxerit. Deinde vero Childeburtus post multum tempus tractavit ut

¹ Behrend, p. 172.

² Behrend, p. 173.

quid advenire potuerit quod ibi cum suis Francis addere deberet. A septuagesimo octavo usque octuagissimo quarto perinvenit quod ibi digne inposuisse cognoscetur.....

Clovis aurait établi, d'après cette version, la *lex salica* et ajouté trois titres, ce qui aurait porté la *lex* jusqu'au titre soixante-dix-huit, quand ses successeurs ont pris à leur tour le pouvoir.

En mettant à part les discussions possibles sur les chiffres rapportés par ces épilogues et notamment sur le nombre de titres additionnels attribués à Clovis¹, on constate que ce roi est considéré comme l'auteur même de la *lex salica*.

Comment concilier les données des prologues avec celles des épilogues? La *lex salica* est-elle l'œuvre de Clovis, que l'on tient pour héritier de l'empereur romain? Est-elle au contraire bien antérieure à Clovis et doit-on la regarder comme une sorte de collection de décisions judiciaires à laquelle plus tard Clovis a seulement ajouté des dispositions juridiques nouvelles?

Les auteurs se croient obligés de choisir entre les prologues et les épilogues. Pour la plupart, ces documents visent le même fait. Naturellement, leurs préférences vont aux épilogues. Fustel de Coulanges,

¹ Voir à ce sujet l'ouvrage célèbre de J.-M. Pardessus (*Loi salique*, Paris, 1843, p. 420 et suiv.) et les considérations émises par Borétius (*Die Textentwicklung der lex salica*, Z. S. G., XIII, 1876, p. 10 et suiv.) et par Schröder (*Die Franken und ihr Recht*, Z. S. St., G. A., II, 1881, p. 39, n. 2).

notamment, justifie son choix en déclarant ¹ que les épilogues ont un singulier caractère de précision, qui donne à ces témoignages quelque valeur. D'autre part, le terme *statuit*, commun aux deux épilogues, est tout à fait significatif : Clovis avait le pouvoir législatif et l'a exercé en établissant les soixante-dix-huit premiers titres de la *lex salica*.

Pourtant nous ne croyons pas que les renseignements donnés par les prologues soient affaiblis en quoi que ce soit par les indications des épilogues. Il ne s'agit pas de choisir, en effet, entre deux catégories de documents concernant un seul et même fait. Il y a, au contraire, deux questions différentes qui sont traitées dans ces documents. Les prologues se font l'écho d'une tradition sur l'antiquité très haute de la *lex salica*; pour eux, Clovis, Childebert et Clotaire auraient recueilli le texte primitif et y auraient ajouté des titres supplémentaires. Au contraire, les épilogues font abstraction de la période antérieure à Clovis, si nettement mise en relief dans les prologues, et considèrent les éditions successives de la *lex aslica* sous Clovis, Childebert et Clotaire, en donnant sur l'activité de chacun de ces rois des indications très précises, au moins en apparence, que les prologues, au contraire, passent au second plan ².

¹ Fustel de Coulanges, *La Monarchie franque*, p. 100 et suiv.

² Sybel, *Entstehung des Deutschen Königthums*, p. 167 et suiv., 398 et suiv.; Fahlbeck, *op. cit.*, p. 255 et suiv. Les épilogues renferment l'expression *statuit* pour désigner l'ouvrage de Clovis. Ce roi aurait institué la *lex salica*. Or, cette expression peut s'entendre d'une édition de la *lex salica* faite par Clovis. Cette interprétation

Les prologues ne sont donc pas contredits par les épilogues : tandis que les premiers visent une époque lointaine, fort antérieure à Clovis, et ont trait à l'origine de la *lex salica*, les autres concernent une époque postérieure, celle du temps de Clovis, Childebert et Clotaire.

Mais ce n'est pas assez d'établir que les prologues conservent leur originalité à côté des épilogues, il faut encore examiner leur caractère extérieur, leur allure générale, de manière à savoir si en eux-mêmes les prologues sont des fables ou des documents historiques.

L'allure générale du grand prologue. — Les auteurs, qui refusent tout crédit aux prologues, insistent sur le caractère général de ces documents. Ce motif, joint à celui de la contradiction prétendue des épilogues, détermine leur conviction. Le grand prologue, puisque c'est lui qui nous sert de base, présente évidemment des imperfections incontestables, comme du reste la plupart des témoignages de l'époque franque.

n'est alors pas contredite par les dires du grand prologue : *et quod minus in pactum habebatur idoneo per proconsulis regis Chlodovehi et Hildeberti et Clotarü fuit lucidius emendatum.* — Clovis est considéré comme l'auteur non de la *lex* mais de certaines additions à cette *lex*. C'est le seul moyen de concilier les prologues et les épilogues. D'ailleurs si Clovis avait été réellement le père de la *lex salica*, on comprendrait difficilement le silence de Grégoire de Tours à l'égard d'un fait aussi considérable. On n'eût pas manqué non plus, dans le prologue, de citer le nom de Clovis, si la *lex salica* avait été son œuvre. Il y a, en effet, une tendance très nette chez les peuples à exagérer les mérites des personnages historiques. Le fait qu'on attribue à d'autres qu'à Clovis cette *lex* est significatif.

Il n'y a heureusement pas lieu de s'y arrêter et le passage essentiel du prologue doit être retenu.

Le prologue n'est pas un acte législatif. Un certain nombre de manuscrits, environ vingt-trois sur soixante-six, renferment les versions du prologue. Or ce prologue ne fait pas corps avec la *lex salica* dans les manuscrits : tantôt il la précède, tantôt il la suit; quelquefois il est séparé d'elle par d'autres textes d'époque carolingienne. Il n'est pas du même style ni de la même langue que la *lex* et il est assez visible qu'il n'est pas l'œuvre d'un législateur.

Mais c'est là une constatation qui, par elle-même, ne saurait avoir aucune influence sur la crédibilité de la tradition recueillie dans le prologue. Il n'y a pas que les actes législatifs qui puissent nous renseigner sur l'origine et la confection des textes juridiques. L'histoire s'établit à l'aide de tous les documents qui ont quelque valeur. On ne saurait éliminer le prologue sous le prétexte que, destiné à témoigner sur l'origine de la *lex salica*, il n'est pas une partie de cette *lex*.

Les auteurs font alors état du caractère postérieur et personnel de ce document. On ne saurait nier, en effet, que le prologue est de beaucoup postérieur aux événements racontés par lui. Un intervalle de deux siècles au moins a dû s'écouler, même si l'on suppose que le prologue est au plus tôt de la fin du ^{vi}e siècle¹. D'autre part, ce récit révèle une inspiration chré-

¹ Cf. *suprà*, p. 43.

tienne. Son ton enthousiaste le fait passer pour une œuvre lyrique, chrétienne et personnelle. Son vocabulaire atteste l'origine du texte. Ce n'est pas la traduction chrétienne d'une œuvre franque ou d'un chant populaire en langue franque. Les périodes, la coupe du style, le choix des mots ne sont pas ceux d'un chant barbare. Une personne lettrée a seule pu écrire un tel récit. Aussi n'est-il pas téméraire de conclure que nous sommes en présence d'une œuvre personnelle qui, à une heure d'inspiration, a jailli de la plume de quelque clerc, poète franc. On ne peut, dès lors, faire fond sur un témoignage d'allure aussi fantaisiste.

Ce raisonnement n'est nullement convaincant. Il y a une trop grande disproportion entre les motifs invoqués et la conclusion que l'on veut en tirer.

Le prologue a beau être postérieur de plusieurs siècles aux événements racontés par lui, il ne revêt pas pour cela l'allure indiscutable d'une œuvre de pure invention. On ne saurait mettre à l'index, sous le seul prétexte de son caractère relativement récent, un document s'il reproduit, avec l'addition ou la suppression de certains détails, une tradition courante, connue de longue date.

Quant à la forme personnelle du prologue, elle n'est pas, non plus, une cause de suspicion par elle-même ¹.

¹ A l'époque franque comme aux autres époques primitives, l'histoire, comme science, n'est pas encore constituée. D'une part l'histoire se confond avec la poésie épique et d'autre part les premières chroniques ou monographies rédigées en prose ne font preuve d'aucun

Un examen attentif des données du prologue nous permet même de faire un choix raisonné entre les diverses allégations de ce document.

Au milieu de la prose poétique du morceau et de ses effusions lyriques et chrétiennes, se détache nettement un noyau légendaire. C'est le passage où il est parlé¹ de quatre experts qui, au cours de trois *malls* successifs, auraient révélé la *lex salica* en indiquant la solution des procès possibles dans l'avenir. Ce ne sont pas là des conjectures personnelles; ce sont des indications très précises, énoncées dans un formulaire vraiment barbare et marquées du cachet de leur origine. On ne peut méconnaître le caractère épique de cette donnée : l'auteur n'a pu l'emprunter qu'à la tradition populaire. Sans doute, le prologue n'est pas un chant épique, mais il nous rapporte des souvenirs qu'un chant épique peut seul avoir conservés.

Le fait décrit par le prologue est présenté par lui comme remontant très loin dans le passé. Grégoire de Tours ne l'a pas trouvé dans ses sources écrites. Ce

sens critique. L'auteur ne se détache pas de ce qu'il écrit. Les jugements de Grégoire de Tours, par exemple, sont sincères et naïfs. Il dit toutes choses comme il les voit et les sent. L'impartialité ne se conçoit encore pas. Ce n'est pas là une raison pour suspecter les premiers monuments de notre histoire nationale. Cf. l'intéressant livre de Godefroid Kurth (*Histoire poétique des Mérovingiens*, Paris, 1893) où l'auteur montre tout le parti que l'on peut tirer d'une utilisation judicieuse de la première littérature des Francs. Nous constatons que peu à peu seulement la nation arrive à la conscience de l'écart qu'il y a entre les réalités historiques et les images qu'elle en garde dans son esprit. Soit comme genre littéraire, soit comme science, l'histoire a connu une longue période de formation.

¹ Ce passage est commun, du reste, aux deux prologues.

fait se passe avant 497, date de la conversion des Francs au christianisme¹, avant leur premier roi vraiment connu (425), avant même le passage du Rhin, si l'on veut croire les mots du petit prologue².

La tradition a dû s'être formée assez tôt, sinon elle n'aurait pas pu garder en plein VI^e siècle le souvenir d'une époque où les Francs n'avaient pas encore un roi³. Les noms des quatre personnages déposent d'ailleurs en faveur de son antiquité : les composés en « gast » appartiennent, selon M. Kurth, aux plus anciens du vocabulaire des Germains. Cette considération prend de la force, si l'on réfléchit que de son côté, après avoir fait beaucoup de recherches pour découvrir les origines de la dynastie franque, Grégoire de Tours⁴ se trouve arrêté finalement devant des témoignages écrits, dont il résulte que dans les temps les plus anciens les Francs avaient non pas un seul roi comme du temps de Clovis, mais seulement des chefs de tribus, appelés « *duces* » ou « *regales* ». L'accord de la tradition orale, consignée dans les pro-

¹ Cf. grand prologue « ad chatholica fide conversa et immunis ab herese dum adhuc teneretur barbara... At... rex Francorum Chlodoveus... recepit catholicam baptismum... ».

² ...in villis que ultra Renum sunt.

³ ...Gens Francorum — dictaverunt salica lege...

⁴ Greg. Tur., II, 9 : Cum multa de eis Sulpici Alexandri narret historia, non tamen regem primum eorum ullatinus nominat, sed duces eos habuisse dicit... Haec acta cum duces essent retulit... cum autem eos regales vocet, nescimus utrum reges fuerint, an in vices tenuerint regnum... movet nos haec causa, quod cum aliarum gentium reges nominat, cur non nominat et Francorum... Hanc nobis notitiam de Francis memorati historici reliquere, regibus non nominatis.

logues, et des témoignages écrits, recueillis par Grégoire de Tours, est sur ce point trop remarquable pour être fortuit : il ne peut s'expliquer autrement que par sa conformité aux faits ou tout au moins aux plus anciennes traditions nationales.

Ainsi le prologue n'a pas lieu d'être écarté du matériel de nos sources. Son allure extérieure, analysée de près, ne nous engage nullement à dédaigner ce document. Le passage essentiel sur l'origine de la *lex salica* mérite d'être retenu. Sans doute, des détails ont été altérés, les lieux sont inconnus, les noms des experts et la parenté de ces noms peuvent être suspectés, l'époque de ces réunions n'est pas rapportée. Mais nous ne prétendons pas non plus que le prologue doit être considéré comme un procès-verbal rigoureusement exact.

Dès l'instant que la donnée intéressante du prologue se détache nettement du contexte et se présente clairement comme la relation écrite d'une tradition orale très ancienne, le fond seul importe et les détails passent à l'arrière-plan. Ce point de vue non seulement donne une explication satisfaisante des imperfections du prologue, mais encore justifie la position que nous prenons pour retenir les données du prologue. Ce document, à nos yeux, ne doit pas être écarté : il apparaît comme un témoignage de l'opinion qui avait cours au moment où il a été écrit (au ^{vi} siècle au plus tôt) sur l'origine de la *lex salica* et nous ne voulons y voir que l'idée que les hommes se faisaient, à l'époque du prologue, de la confection de

cette *lex*. C'est le seul titre que nous invoquons pour avoir le droit d'utiliser les données du prologue de la *lex salica* : il a encore assez d'autorité pour que l'on ne nous reproche pas de faire fond dans cette mesure seulement sur ses allégations ¹.

SECTION II. — QUELLE EST LA SIGNIFICATION DES DONNÉES DU PROLOGUE?

Puisque des deux raisons invoquées ni les épilogues ni l'allure extérieure du prologue ne nous invitent à dédaigner les renseignements fournis par le prologue, nous retiendrons ces informations, pèserons leur sens en nous arrêtant sur chaque mot et nous appliquerons à tirer de ce document tout ce que nous pourrons en déduire, sans pour cela forcer le sens de ce témoignage.

¹ Guizot (*Histoire de la civilisation en France depuis la chute de l'empire romain*, 13^e édit., Paris, 1874, pp. 257-285) dit également avec raison : « Quelque vicieux que soient ces documents où nous sont rapportées ces traditions, ils prouvent du moins qu'elles existaient. Au VIII^e siècle (car pour le célèbre historien, les prologues remonteraient non pas au VI^e siècle mais au VIII^e siècle seulement) c'était une croyance répandue, un souvenir populaire que les coutumes des francs saliens ont été recueillies anciennement, avant qu'ils fussent chrétiens dans un territoire plus germain que celui qu'ils occupaient. » C'est également dans cette mesure que Fustel de Coulanges fait fond sur de nombreux témoignages empruntés à la tradition pour retracer les institutions politiques des Mérovingiens (cf. *La monarchie franque*, pp. 69-96). Aussi est-il regrettable que, contrairement à son habitude de ne négliger aucun texte, cet éminent auteur ait dédaigné les dires du prologue.

D'après le prologue, la *lex salica* a été arrêtée avant la conversion des Francs au christianisme, dans trois tenues distinctes de l'assemblée judiciaire, à l'aide de quatre sages élus¹ qui auraient passé en revue les questions susceptibles de se poser le plus souvent en justice et auraient indiqué la solution à leur donner.

De ce passage capital se dégage nettement l'idée que l'origine de la *lex salica* est liée au fonctionnement de la justice chez les Francs Saliens. La coutume salienne a son siège d'élaboration dans l'assemblée judiciaire et se trouve constituée par des décisions judiciaires. Cette constatation, qui échappe à de nombreux auteurs ayant pourtant analysé le prologue, domine complètement la question.

Le prologue nous cite les deux facteurs essentiels de l'assemblée judiciaire, les diseurs de droit et le peuple, puis il accuse la nature judiciaire des décisions rendues. Sur tous ces points, le droit comparé nous donne les plus précieuses indications et nous apprend que la confection de la *lex* à l'assemblée judiciaire n'a rien de particulier à la *lex salica*.

Le prologue appelle en premier lieu notre attention sur les *rectores*, sages à qui a été confiée la mission de révéler le droit. Cette institution des diseurs de

¹ Elus par le peuple (*gens*) : c'est l'interprétation générale. Cependant il faut citer la traduction de Sickel (*Geschichte der deutschen Staatverfassung bis zur Begründung des constitutionellen Staats*. Erste Abtheilung, 1879, pp. 176-179) qui, en mettant un point après *dictaverunt lege salica* du grand prologue, fait investir les quatre experts de leur mission non par le peuple (*gens*) mais par les rois (*rectores*) des tribus non encore réunies des Francs.

droit se retrouve dans la confection des autres *leges* ¹.

C'est ainsi que le droit lombard la mentionne dans les édits de Rotharis et dans ceux de Liutprand.

Ainsi le prologue de l'édit de Rotharis, dans un passage du plus haut intérêt, déclare :

Praesentem vero dispositionis nostrae edictum quem Deo propitio....., inquirentes et rememorantes **antiquas legis** patrum nostrorum quae scriptae non erant, concedimus..... reservantes, ut quod adhuc..... tam per nosmet ipsos quam per **antiquos homines** memorare potuerimus in hoc edictum subiungere debeamus ².

De même le prologue d'un édit de Liutprand fait allusion à ces personnages :

Et dum ad resecandas intentiones inproborum noster intenderet animus, quicquid **nostris iudicibus** vel reliquis Langobardis recta comparuerunt..... ita... decidere et confirmare... previdimus ³.

Le prologue de la loi des Bavares dit également :

Theodoricus rex Francorum cum esset Catalaunis elegit **viros sapientes** qui in regno suo **legibus antiquis** eruditi erant. Ipso autem dictante iussit conscribere legem..... Haec omnia Dagobertus rex glo-

¹ Les *leges barbarorum* seront citées d'après l'édition la plus récente de la collection des Monumenta Germaniae Historica.

² *Rothari prolog.*, c. 386 (*Leges IV*, p. 89).

³ *Liutpr. prolog. de anno XIX* (*Leges IV*, p. 155).

riosissimus per **viros illustres** Claudio, Chadoindo, Magno et Agilulfo renovavit et omnia vetera legum in melius transtulit et unicuique genti scriptam tradidit ¹.

La loi des Frisons porte aussi cette mention significative : Additio **sapientium**. Haec iudicia Saxmundus dictavit ².

Enfin nous lisons dans un capitulaire de Charlemagne : Primo namque iudici diligenter discenda est lex a **sapientibus** populo composita ³.

Ces divers témoignages décrivent des usages fort semblables à celui qu'évoque le prologue de la *lex salica*. On fit choix de diseurs de droit, hommes connus par leur expérience, renommés par leur habileté dans la pratique du droit, recommandables par leur âge. Le travail de récolement des précédents judiciaires est fait à l'instigation de la tribu (*gens Francorum*) comme il est dit dans le prologue de la *lex salica* qui atteste encore par là sa ressemblance avec les documents relatifs à la confection des *leges* scandinaves. Ce travail peut être accompli aussi bien sur l'initiative du *rex*, en qui se résume l'unité de la tribu : c'est d'ailleurs le cas des autres *leges* germaniques citées. L'institution du diseur de droit est la même dans les deux cas, seulement le prologue de la *lex salica* et les *leges* scandinaves nous révèlent une époque encore plus

¹ Prolog. *lex Baiuvariorum* (Leges III, p. 259).

² *Lex Erisionum* (Leges IV, p. 682).

³ C. 22 c. 63.

ancienne, en nous signalant l'investiture des diseurs de droit par le peuple. Ce n'est que plus tard, lors de la constitution progressive d'une autorité publique, que le pouvoir de la tribu a été exercé par le roi.

La présence du peuple (*gens*) est également signalée au moment de la confection des autres *leges*. Nous trouvons, en effet, des expressions qui, à la lumière du droit comparé, deviennent caractéristiques.

A propos de la *lex salica*, nous lisons :

Placuit atque **convenit** inter Francos et eorum proceres ¹. — Hoc **convenit** observare ². — Incipiunt capitula in **pacto** salicae ³.

Le droit des Alamans présente les mêmes expressions :

Incipit **pactus lex** Alamannorum. Et **sic convenit** ⁴.

Incipit lex Alamannorum, qui temporibus Chlotario rege una cum proceribus suis... vel **cetero populo adunatu** ⁵.

La coutume des Bava-rois mentionne également la présence du peuple :

Hoc decretum apud regem et principibus eius et

¹ *Prolog. minor ad leg. sal.* (Behrend, p. 171).

² *Lex salica*, II, 6; IV, 3; VIII, 2; XIV, 2; XXXIII, 1; XLVI.

³ *Lex salica*, I (édition Hessels).

⁴ *Leges Alamannorum*, p. 21. (Monumenta Germaniae Historica, Legum sectio I Leges Nationum Germanicarum, tomi V, pars I Leges Alamannorum, édition la plus récente, in-quarto, de Lehmann, 1888.)

⁵ *Idem*, p. 63.

apud **cuncto populo** christiano qui infra regnum Mervungorum consistunt ¹.

Universa consentiente **multitudine** ².

Comme toujours, le droit lombard nous fournit de précieuses indications.

Rotharis nous dit dans un passage-célèbre :

Addentes quin etiam et **per gairethinx secundum ritus gentis nostrae confirmantes** ut sit haec lex firma et stabelis ³.

Liutprand déclare de son côté :

Ego Liutprand... dum... una cum optimatibus singola huius edicti perscrutassemus **asistente omni populo**... statuere previdimus legem ⁴.

... et cum presentaliter fuissent capitula ista relicta, **omnibus placuerunt** et **preventes adsensum** statuerunt nobiscum ut nihilominus per ordinem scriberentur ⁵.

Ratchis fait allusion aussi à l'ensemble des Lombards :

Nobis et nostris indicibus atque **Langobardis adstantibus** iustum comparuit ⁶.

¹ *Lex Baiuvariorum* (Leg. III, p. 269).

² *Tass. decreta praef.* (Leg. III, p. 463).

³ *Rotharis*, c. 386 (Leg. IV, p. 90).

⁴ *Liutpr. prol. de anno VIII* (Leg. IV, p. 113).

⁵ *Liutpr. prol. de anno XIV* (Leg. IV, p. 135).

⁶ *Prol. ad Ratchis leges* (Leg. IV, p. 186).

Enfin le droit burgonde lui-même nous dit :

Constitutiones vero nostras, placuit etiam adiecta comitum subscriptione firmari, ut definitio, quae ex **tractatu nostro et communi omnium voluntate** conscripta est, etiam per posteros custodita perpetuae pactionis teneat firmitatem ¹.

En dehors de la coexistence de ces deux facteurs essentiels de la *lex*, diseurs de droit et peuple, le prologue de la *lex salica* nous révèle également le caractère judiciaire des décisions qui constituent la *lex*. Au *mallum*, — terme technique désignant l'assemblée judiciaire, — les diseurs de droit font preuve d'une activité caractéristique : *tractandis de singulis iudicibus decreverunt hoc mosdo* ² ou encore *iudicium decreverunt* ³. La révélation de ces diseurs de droit s'appelle *iudicium* et elle est faite dans des conditions ainsi précisées : *Omnes causarum origines sollicite discuciendum* ⁴.

Il est éminemment suggestif que la déclaration du

¹ *Leges Burgundionum*, p. 34, c. 14 (Monumenta Germaniae Historica, Legum sectio I Leges nationum germanicarum, tomi II pars I Leges Burgundionum, édition la plus récente, in-quarto, de R. de Salis, 1892).

² Cf. grand prologue cité *suprà*, p. 42. A propos des mots *hoc modo* qui, au lieu de précéder directement le texte de la *lex salica*, sont suivis d'une invocation chrétienne enthousiaste, consult. Waitz, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, I, 3^e Auflage, 1882, Berlin, p. 124 et suiv.

³ Cf. petit prologue cité *suprà*, p. 43.

⁴ Cf. grand prologue cité *suprà*, p. 42.

diseur de droit¹ révélant la *lex* à l'occasion de cas de procès futurs soit appelée *judicium*, terme qui précisément désigne habituellement la révélation de la *lex* faite par le diseur de droit sur les cas actuels et réels de procès. On ne saurait mieux mettre en relief la double fonction du *mallum* primitif et la fonction primordiale de statuer sur des questions litigieuses, le *mallum* s'est vu adjoindre la fonction dérivée de féconder le droit par l'hypothèse, en résolvant d'avance des cas de procès, susceptibles de se poser un jour, *origines causarum*.

Cette double fonction de l'organisme judiciaire n'a rien de spécial à la *lex salica*. Le droit scandinave, avec lequel la *lex salica* a tant de points de comparaison², nous donne des renseignements précis à cet égard.

C'est devant l'assemblée judiciaire que le diseur de droit islandais fait chaque année une conférence pour rappeler au peuple les solutions des cas de procès déjà posés et enseigner en même temps les solutions nouvelles qui seront appliquées aux cas de procès futurs. Dans cette conférence, il doit parcourir,

¹ Sohm (*Die fränkische Reichs und Gerichts Verfassung*, I, Weimar, 1871, p. 53) a le mérite de souligner cette expression *iudicium* appliquée aux révélations des diseurs de droit. D'autre part, la *lex Frisionum* (Leges IV, p. 682) déclare avec une analogie frappante : *haec iudicia Saxmundus dictavit*. Le grand prologue dit : *Gens Francorum... dictaverunt salica lege* (Behrend, p. 170).

² Dareste (*Etudes d'histoire du droit*, Paris, 1889, pp. 386-396), qui est en France un de ceux qui ont le plus approfondi l'ancien droit scandinave, rapproche précisément la *lex salica* des premiers monuments juridiques scandinaves.

pendant les trois ans que dure sa fonction, le cercle entier du droit ¹.

Les données du prologue de la *lex salica*, qu'on ne saurait trop rapprocher de celles que nous possédons sur le mécanisme de confection des premiers monuments de l'ancien droit scandinave, attestent, elles aussi, l'usage de cette conférence juridique, appelée *laghsaga* ². Les sages saliens, eux aussi, d'après la tradition reproduite par le prologue, ont émis des révélations orales de droit et c'est en trois tenues distinctes de l'assemblée judiciaire (*per tres mallos*) que les solutions juridiques furent successivement examinées.

Ainsi la *lex salica* est constituée par des jugements concrets et par des jugements abstraits. La notion de *lex*, s'appliquant d'abord aux jugements concrets, s'est étendue ensuite pour comprendre les jugements abstraits. Avant d'examiner la nature et les effets de la *lex* primitive, il faut étudier d'abord le rôle du diseur de droit, ensuite le rôle du peuple dans l'élaboration de la *lex*. Nous abordons ici un problème qui

¹ Karl von Amira, *Nordgermanisches Obligationenrecht*, I, Leipzig, 1882, p. 38; Schröder, *Gesetzsprecheramt und Priestertum bei den Germanen* (Z. S. St., G. A., IV, 1883, p. 218).

² Schröder (*op. cit.*, p. 218, n. 1) insinue simplement que le prologue de la *lex salica* présente par cette expression *per tres mallos* une similitude frappante avec le cours triennal du diseur de droit islandais. Or il est essentiel de mettre en relief tous ces points de comparaison qui dénotent un fond commun d'usages. Cf. Beauchet, *Etude sur les sources du droit suédois jusqu'au XV^e siècle*, N. R. H., 1890, p. 724.

a suscité de retentissantes querelles, querelles qui eussent été vite éteintes si l'on avait, de part et d'autre, examiné les textes avec la volonté de les accepter dans toute leur complexité et en s'émancipant de tout souci d'en tirer la justification d'une thèse préconçue.

CHAPITRE II

Le rôle du diseur de droit.

Dans l'élaboration de la *lex*, le rôle du diseur de droit relativement au peuple a suscité de nombreuses controverses. Un gros débat est encore ouvert entre les germanistes et les romanistes sur l'étendue respective des prérogatives du diseur de droit et des droits du peuple. D'après les germanistes, le peuple serait l'auteur de la *lex*; au contraire, suivant les romanistes, le droit serait imposé au peuple par le représentant de l'autorité publique. Il n'est pas impossible, croyons-nous, de trouver une conciliation entre les deux opinions extrêmes. Il suffira d'examiner un à un les arguments présentés par chacune de ces écoles d'historiens à propos de l'autorité qui déclare le droit en nous demandant d'abord par qui la fonction de dire la *lex* était remplie, ensuite en quoi consistait au juste cette fonction; enfin quelle en était l'origine.

SECTION I. — PAR QUI EST REMPLIE LA FONCTION DE DIRE LA « LEX » ?

Les textes qui concernent l'administration de la justice chez les Germains sont abondants. Nous disposons à la fois des allusions de Tacite et des renseigne-

ments présentés par les coutumes germaniques, rédigées au lendemain des invasions. Tacite, souvent trop bref, parfois même obscur à cause de sa concision, nous donne ici des indications assez vagues. Seules nous fournissent de plus amples renseignements les coutumes mises par écrit après les invasions et parmi elles surtout la *lex salica*, que nous choisirons pour compléter nos recherches.

§ I. — *Les allusions de Tacite.*

Tacite nous dit sur l'assemblée judiciaire des Germains de son temps¹:

Eliguntur in iisdem conciliis et principes qui iura per pagos vicosque reddunt; centeni singulis ex plebe comites consilium simul et auctoritas adsumt.

Il y a des *principes* qui sont chargés de rendre la justice. On trouve un *princeps* pour chaque *pagus* et le *pagus* se subdivise lui-même en circonscriptions territoriales plus petites, appelées centaines, et dans lesquelles l'assemblée judiciaire est successivement tenue par le *princeps*. Cette justice ambulatoire n'a rien de surprenant. Mais le rôle du *princeps* et de ces *centeni comites* n'est pas nettement caractérisé. Les auteurs se partagent en deux groupes : d'après les uns, la justice chez les Germains ressemblait à l'organisation romaine. Le *princeps*, chef souverain, comme

¹ Tacite, *De origine et situ Germanorum* (d'après l'édition de 1916 au Corpus scriptorum latinorum Paravianum), c. 12.

le *judex* romain du Bas-Empire, jugerait, entouré de ses assesseurs au nombre de cent¹. Les assesseurs suivraient le *princeps* dans tous les cantons où la justice serait à rendre. D'après les autres², le conseil des cent correspond aux hommes libres de la centaine même où le *princeps* est appelé à juger. Ces hommes libres, sous la présidence du chef docile et inerte appelé *princeps*, détiendraient la véritable autorité judiciaire.

A notre avis, bien que le texte soit énigmatique, la justice n'émane pas du peuple; le *princeps* rend la justice devant les hommes libres de la centaine³. Le *princeps* seul aurait le droit de révéler la loi, les hommes libres de la centaine même où la justice est rendue se bornant à approuver ou à désapprouver la sentence.

Quoi qu'il en soit, il est préférable de s'en tenir aux renseignements beaucoup plus nets et plus circonstanciés des coutumes germaniques rédigées au lendemain des invasions. Parmi celles-ci, la *lex salica* est encore la plus précise.

¹ Cf. Fustel de Coulanges, *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, pp. 423-499.

² Sohm, *Die Fränkische Reichs und Gerichts Verfassung*, 1871, p. 6 et suiv.; Waitz, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 3^e Auflage, I, 1880, p. 328 et suiv.

³ Ce contrôle du peuple, notion très subtile, sera d'ailleurs précisé dans notre troisième chapitre. Cf. sur la centaine, Rietschel, *Untersuchungen zur Geschichte der germanischen Hundertschaft*, Z. S. St., G. A., 1907, 28, pp. 342-434.

§ II. — *Les renseignements de la « lex salica ».*

La composition du *mallum* salien comprend quatre organes essentiels : le *thunginus*, président; le comte, fonctionnaire royal; les rachimbourgs; enfin tout le peuple de la circonscription judiciaire. L'aptitude à déclarer la *lex* a été reconnue successivement par les historiens à chacun de ces organes. Les uns attribuent la fonction de dire le droit à d'autres qu'aux rachimbourgs; les autres considèrent, au contraire, les rachimbourgs comme ayant le monopole de révéler la *lex*, mais diffèrent entre eux en confondant ou non les rachimbourgs avec le peuple. Il faut examiner chacune de ces opinions.

1° *D'autres personnages que les rachimbourgs disent le droit.* — Les romanistes attribuent le pouvoir de dire la *lex* soit au *thunginus*, soit au comte. Cherchant en général à rattacher les institutions franques à celles des Romains, ils considèrent ici l'organisation judiciaire salienne au travers de l'organisation judiciaire romaine des derniers siècles. Une telle préoccupation est incompatible avec l'examen impartial des textes.

Fustel de Coulanges croit que le *thunginus* a dû juger certains procès et quelques délits¹. Cette affir-

¹ Fustel de Coulanges, *La monarchie franque*, p. 317, n. 1.

mation est une pure conjecture. Le *thunginus* n'a pas eu la mission de dire le droit. Il suffit de passer en revue tous les témoignages relatifs au *thunginus*.

D'après les textes, le *thunginus* est un président qui n'a qu'un rôle de police, d'organisation et de direction de la procédure. C'est lui qui convoque le *mallum* en session extraordinaire et qui pose les questions solennelles d'ouverture des débats¹. C'est à lui que s'adresse le créancier quand le débiteur refuse de remplir ses engagements²; c'est en sa présence que se passe la cérémonie du dégagement des liens de famille³. Assigner devant l'assemblée judiciaire a le même sens que comparaître devant le *thunginus*⁴. Enfin les actes interdits au *thunginus* relèvent du roi seul⁵.

Il n'y a là, d'après les témoignages de la *lex salica*, aucune attribution qui puisse faire passer le *thunginus* pour un président, disposant du pouvoir de dire le droit.

Il est vrai que Fustel de Coulanges invoque un argument tiré de la parenté que semble établir un capitulaire de Clovis⁶ entre le *thunginus* et le *grafio* ou comte. Le *grafio* ou comte devient président de l'assemblée judiciaire à la place du *thunginus*. Or, à par-

¹ XLIV; 1, pour le mariage d'une veuve et XLVI pour une donation.

² I, 2.

³ LX.

⁴ XLVI, L, LX.

⁵ XVIII, XLVI, LVI.

⁶ C. I c. 7; 9 (Behrend, *Lex salica*, capitulaire I, p. 133. 135).

tir de cette époque, le comte possède, d'après cet auteur, le pouvoir de dire la *lex*, dès lors il n'y a pas de raison pour que son prédécesseur à la présidence ne l'ait pas eu non plus. Il est étonnant de trouver sous la plume d'un historien tel que Fustel de Coulanges un pareil argument. C'est céder par trop à l'idée que le président de l'assemblée judiciaire est une sorte de juge romain, maître absolu de dire et de faire appliquer la *lex*. Rien n'indique, en effet, chez le *thunginus* ou chez le comte le pouvoir de révéler la *lex*. Tous deux ont bien pu se succéder à la présidence de l'assemblée, sans qu'on leur prête, contrairement aux textes, un pouvoir qu'ils n'ont pas. Le président, au lieu d'être élu par le peuple, a fini par être nommé par le roi. Voilà tout ce que signifie cette parenté du *thunginus* et du comte. D'ailleurs, alors même que le comte aurait eu, à partir de Clovis, la mission de dire la *lex*, il resterait évidemment à établir que le *thunginus*, quand il était, avant cette époque, le vrai président, disposait déjà de ce même pouvoir. Or, les textes relatifs au *thunginus*, qui sont seuls compétents pour nous éclairer, indiquent nettement que le *thunginus* n'a pas le droit de déclarer la *lex*.

Il ne faut pas oublier que Fustel de Coulanges ne suppose au *thunginus* le droit d'établir la *lex* que parce qu'il le reconnaît au successeur du *thunginus* à la présidence, c'est-à-dire au comte. Mais cette substitution du comte au *thunginus* ne date que du capitulaire de Clovis. Or même, depuis Clovis, le comte n'a jamais acquis, au cours de l'époque franque, le pou-

voir de révéler la *lex*¹ : on ne peut citer aucun texte qui suppose chez le comte l'acquisition de ce pouvoir. Mais il y a mieux. Si l'on se place avant la date même de ce capitulaire de Clovis, au moment où le *thunginus* était le président de l'assemblée, on peut alors légitimement se demander quel était le rôle du comte dans le *mallum*. En supposant que le droit d'établir la *lex* fût attaché à la présidence, ce qui est une conjecture inspirée par l'influence de la conception romaine, le *thunginus* seul aurait pu dire la *lex*. Le comte pourtant devait avoir un rôle.

Effectivement, le comte avait un rôle dans l'assemblée judiciaire, mais il ne contribuait pas plus que le *thunginus* à établir la *lex* : il consiste à faire respecter la *lex*. Nous savons déjà que le comte est un fonctionnaire royal, dont la vie est protégée par une composition triple du tarif ordinaire². La *lex salica* nous signale ses attributions : il suffira, ici encore, d'examiner tous les passages où il est question du comte. Devant lui sont conduits les malfaiteurs³; c'est lui

¹ Fustel de Coulanges (*op. cit.*, pp. 305-331. 351-378) se base sur des textes de l'époque franque (formules, ordonnances royales) pour prétendre que le comte a eu, au cours de cette époque, le pouvoir de juger. Mais les textes par lui invoqués font ressortir que le président de l'assemblée, c'est-à-dire le comte ou *judex* (= justicier) a le droit de ban pour mettre en œuvre le *droit royal*. C'est tout différent de la révélation de la *lex* qui incombait à des personnages spéciaux, placés sous ses ordres. D'autre part, l'époque franque est postérieure à l'époque salienne et on ne saurait dès lors alléguer les textes francs pour raisonner sans danger sur l'époque salienne.

² LIV, 1, composition de six cents sous, au lieu de deux cents.

³ XXXII, 2, add. 3.

qui, dès la nouvelle d'un meurtre, se met à la recherche du coupable¹; c'est en sa présence qu'ont lieu les ordalies et les serments²; c'est cet agent royal qui perçoit le *fredum*³; procède à la saisie des biens du condamné récalcitrant⁴; expulse l'étranger venu s'établir dans le territoire d'une commune sans le consentement des habitants⁵.

Aucune de ces attributions ne démontre que le comte a le pouvoir de dire la *lex*. Cet agent du roi ne prend nullement part à l'administration de la justice: il fait exécuter la *lex*. Sa fonction n'a dû faire son apparition qu'à partir du moment où le roi, dans la tribu, a été considéré comme le représentant de ce que nous appelons l'autorité publique. L'observation de la *lex*, au lieu d'être laissée à la discrétion du peuple, commence déjà bien timidement à être assurée par le roi et par ses agents. Au-dessus du peuple une autorité se constitue peu à peu pour veiller à l'application de la *lex*.

C'est la preuve que les deux fonctions de dire le droit et de protéger le droit une fois découvert, réunies toutes deux dans les mains du juge moderne comme dans celles du juge romain des derniers siècles, ont été distinctes autrefois et ont été exercées par des organes différents. Le comte fait respecter le

¹ C. I c. 9 (Behrend, p. 135).

² LIII.

³ L, 3 et LIII, 2.

⁴ LI; L, 3.

⁵ XLV, 2.

droit; il ne lui appartient pas de l'établir. Cette séparation de ces deux fonctions est capitale : elle domine l'organisation judiciaire des Germains et des Francs même pendant tout le cours de l'époque franque¹.

Mais pour faire respecter la *lex*, encore faut-il qu'elle soit découverte et établie. Comme ni le *thunginus* ni le comte n'ont, d'après les textes de la *lex salica*, le pouvoir de déclarer la *lex*, la seule autorité capable de dire le droit ne peut être cherchée que dans les deux autres rouages de l'assemblée judiciaire : les rachimbourgs ou le peuple.

2° *Les rachimbourgs sont les diseurs de droit du mallum.* — On n'a pas manqué de soutenir que les rachimbourgs ou le peuple pouvaient déclarer la *lex*. Les germanistes considèrent que les rachimbourgs ou le peuple sont une seule et même puissance. Tandis que les romanistes attribuaient au président le pouvoir absolu de dire et d'imposer la *lex* et considéraient le peuple comme ne pouvant pas faire autre chose qu'obéir au droit fixé par le président, les germanistes, au contraire, n'admettaient pas le rôle effacé du peuple dans l'élaboration de la *lex* et prétendaient que le peuple seul, en réalité, a qualité pour établir souverainement la *lex* à l'assemblée judiciaire.

¹ Cette distinction entre les fonctions du diseur de droit (*Gesetz-sprecher*) et du juge (*Richter*) est très couramment admise de nos jours pour l'époque franque et les droits germaniques primitifs par les historiens allemands. Cf. Schröder, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, 5^e Auflage, 1907, Leipzig, pp. 44-45. 170-172; Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, I^{er}, p. 153.

Ainsi Savigny¹ voyait dans les rachimbours « tous les hommes libres du canton ». Pardessus émettait le même avis²; suivant Waitz, les rachimbours seraient « les membres de la communauté réunis, lesquels, dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires, prenaient le nom de rachimbours³ ». Schulte croit aussi que « les rachimbours étaient tous les hommes libres jouissant de leur état complet de citoyen⁴ ». Thonissen, de même, veut que les rachimbours soient tous les citoyens du canton, les mêmes hommes étant à la fois guerriers et juges⁵. C'est la célèbre conception de la justice populaire, qui se plaît à s'efforcer de découvrir chez les Germains ou dans les origines de notre histoire nationale les idées de démocratie et de liberté⁶.

Or nous remarquons, avec Fustel de Coulanges, que les textes ne disent rien de pareil⁷. Jamais les rachim-

¹ Savigny, *Histoire du droit romain*, traduction, I, p. 141.

² Pardessus, *Loi salique*, p. 576.

³ Waitz, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 3^e édit., II, 2^e Abteil., p. 143. 165.

⁴ Schulte, *Manuel du droit public et privé*, p. 375.

⁵ Thonissen, *Organisation judiciaire de la loi salique*, p. 74. 77. 374. 375.

⁶ C'est encore celle de Sohm, *Procédure de la loi salique* (trad. Thévenin), p. 100; *Fränkische Reichs und Gerichts Verfassung*, 1871, p. 370 et suiv.; Fahlbeck, *La royauté et le droit royal francs*, édition française, pp. 16-25. 124-130; Edouard Beaudoin, *La participation des hommes libres au jugement dans le droit franc*, N. R. H., XI, 1887, pp. 450-523. 557-651. Ces auteurs d'ailleurs ont entre eux des nuances qui les distinguent.

⁷ Fustel de Coulanges, *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, pp. 423-499; N. R. H., XI, 1887, pp. 758-775; *La monarchie*

bourgs ne sont considérés comme étant la population tout entière du canton. On ne trouve pas leur nom assimilé à celui de *ingenui*, désignant les hommes libres. De plus, les rachimbourgs nous semblent toujours réduits à un chiffre modeste : s'il arrive, en effet, que la *lex salica* indique leur nombre, c'est pour dire qu'ils sont sept¹. Visiblement ils ne sont pas la foule entière : ils sont une élite. L'épithète *idonei* appliquée dans la *lex salica* au terme rachimbourgs fait penser également à des notables². L'édit de Chilpéric nous parle des rachimbourgs *antrutionis bonis creditibus aut quis sciant accionis*, formule qui paraît bien viser des individus ayant la connaissance du droit³. C'est en cette qualité que la *lex salica* les appelle à intervenir comme *pretiatores* dans certains actes extrajudiciaires du comte⁴ ou même comme diseurs de droit⁵. Enfin les documents postérieurs leur appliquent encore, au cours de l'époque franque, des dénominations telles que *boni viri*, *boni homines*, *seniores*, *primores* qui impliquent que ces personnages constituent une élite et par leur situation sociale et par leurs connaissances du droit⁶.

franque, pp. 350-378. D'ailleurs, même au temps de Tacite, la justice n'était pas rendue par le peuple. Le *princeps* seul déclarait le droit en présence de tout le peuple. (Cf. *suprà*, p. 65.)

¹ L. 3; C. 5 c. 7 (Behrend, p. 154).

² L. 3.

³ C. 5 c. 7 (Behrend, p. 154).

⁴ L. 1; C. 5 c. 7, *op. cit.*

⁵ LVI; LVII.

⁶ Ces termes se rencontrent dans les formules et dans les chartes. Cf. Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, II, p. 222; Schröder, *Lehrbuch*, 5^e Auflage, p. 167, n. 17.

Le document décisif, s'il en est encore besoin après toutes ces constatations, se trouve dans un texte de la *lex salica*¹ qui déclare que, si les rachimbours n'ont pas voulu dire la *lex* ou bien n'ont pas jugé selon la *lex*, une amende de quinze sous d'or leur sera infligée. Cette simple alternative non seulement suppose une certaine situation de fortune chez les rachimbours, mais encore fait ressortir les rachimbours comme formant un groupe à part dans le *mallum*. Que signifierait cette amende appliquée aux rachimbours, si les rachimbours se confondaient avec le peuple? Quelle est l'autorité qui contrôlerait dans le *mallum* salien le prétendu pouvoir souverain du peuple de dire la *lex*? Peut-on concevoir le peuple entier tenu de payer cette amende en cas de déni de justice ou de transgression de la *lex*? Ce passage n'est compréhensible que si l'on rejette l'idée, nullement étayée sur les textes du reste, d'après laquelle le peuple se confond avec les rachimbours².

¹ LVII, 2 : Quod si nec legem dicere noluerint nec de ternos solidos fidem facerent solem illis collocatum D C dinarios qui faciunt solidos XV culpabilis judicentur. LVII, 3 : Si vero illi rachineburgū sunt et non secundum legem judicaverint is contra quem sententiam dederint causa sua agat et potuerit adprobare quod non secundum legem judicassent D C dinarios qui faciunt solidos XV quisque illorum culpabilis judicetur.

² Les documents qui nous montrent clairement que les rachimbours sont un groupe à part ne nous indiquent pas au juste si les rachimbours tiennent leur investiture de l'assemblée (Sohm, *Reichs und Gerichts Verfassung*, p. 378) des parties (Siegel, *Geschichte des Gerichtsverfahrens*, 1857, p. 145, et Sohm, *Procédure de la loi salique*, traduction Thévenin, p. 100) ou du président de l'assemblée (Schröder, *Lehrbuch*, 5^e Auflage, p. 164). Cette question est d'ailleurs accessoire.

Ainsi les rachimbourgs ne sont pas le peuple de la circonscription judiciaire; ils sont une élite et c'est à eux qu'incombe la responsabilité de dire la *lex*.

SECTION II. — LES FONCTIONS DU DISEUR DE DROIT.

La confrontation des textes des anciennes coutumes germaniques et notamment de l'ancien droit scandinave avec la *lex salica* nous apprend que le diseur de droit a pour fonction d'émettre des jugements concrets sur les procès en cours, quand il est prié par les parties de le faire, et de rendre, à partir d'une certaine époque, des jugements abstraits, en dehors de tout procès¹.

¹ Schröder, *Gesetzsprecheramt und Priestertum bei den Germanen*, Z. S. St., G. A., IV, 1883, p. 218. Nous employons les termes jugements concrets et jugements abstraits parce qu'ils caractérisent nettement l'opposition existant entre les idées exprimées. Toutefois nous regrettons d'être obligé de nous servir du mot jugement qui a, de nos jours, une signification précise et technique. Le diseur de droit se borne à indiquer la *lex* que seul il peut connaître et révéler. Mais le droit ainsi déclaré n'est pas pourvu de sanction par lui-même. Le caractère de sanction (mesure de contrainte appliquée par l'autorité publique) est un élément qui s'est ajouté assez tard à l'idée de droit et pourtant aujourd'hui nous ne concevons pas le droit sans sanction. Au temps de l'assemblée judiciaire primitive, la sanction du droit provenait du consentement du peuple de l'assemblée. Il fallait que le peuple s'appropriât la *lex* révélée par le diseur du droit. La sanction par l'autorité publique date du moment où la notion d'une autorité publique, supérieure à la volonté des membres du groupe social, a pu se constituer. Le droit a d'abord été consenti avant d'être imposé, semble-t-il; la fiction du *consensus populi* dans les capitulaires additionnels de l'époque franque nous montrent la transition entre le droit consenti et le droit imposé. (Cf. *infra*, p. 210 et suiv.)

§ I. — *Il émet des jugements concrets.*

C'est la raison d'être de l'apparition de l'arbitrage. Les rachimbours du *mallum* sont précisément des diseurs de droit qui statuent sur les conflits réels des particuliers entre eux. Que telle soit bien leur fonction, la *lex salica* le dit expressément. Un titre¹ spécial de la *lex salica* consacré aux rachimbours nous décrit la procédure primitive des premières institutions d'arbitrage. Les parties somment les rachimbours de dire la *lex*. Une fois invités dans des termes solennels et requis à peine de nullité, les rachimbours sortent de leur inertie et, en présence des parties dont l'activité est caractéristique, ils examinent la cause et disent quelle est la *lex*².

Ce passage est en harmonie avec deux autres paragraphes du même titre, où le déni de justice et le mal jugé sont punis. Or, on ne punit que les coup-

D'ailleurs le droit international public paraît bien se constituer peu à peu selon la même méthode : le pacte des nations repose sur la volonté de chacune des nations. Il n'y a pas encore de sanction publique internationale au-dessus de la volonté de chacun des Etats. Sur le rôle, en tout cas, du *consensus populi* dans l'assemblée judiciaire, ses formes expresse ou tacite, cf. *infra*, p. 105.

¹ LVII, De rachineburgiis.

² LVII, 1, les parties somment les rachimbours en ces termes : « hic ego vos tancono ut legem dicatis secundum legem salegam ». C'est la formalité si connue du *tangano*. Cf. aussi le titre LV de la ripuaire qui prévoit, en outre, la possibilité d'attaques contre les rachimbours qui ont sciemment mal dit le droit. Cf. Sohm, *Procédure de la loi salique*, traduction Thévenin, pp. 97-100; *Fränkische und Gerichtsverfassung*, I, p. 149.

bles. Si les rachimbours doivent payer une amende de quinze sous d'or pour l'un ou l'autre de ces délits, c'est apparemment parce qu'ils ont l'aptitude à dire la *lex*¹. De plus, certains textes nous présentent les rachimbours debout ou bien assis; les rachimbours, par cette attitude, manifestent leur opinion en cas de désaccord entre eux². Enfin d'autres expressions déclarent que les rachimbours jugent véritablement³.

Thonissen, et après lui Beauchet, qui reproduit textuellement son auteur sur ce point, prétendent découvrir dans ces expressions qui attribuent le fait de *judicare* aux rachimbours, la preuve que les rachimbours et le peuple sont une seule et même chose⁴. Si les rachimbours se distinguaient du peuple, leur sentence ne serait pas définitive : elle serait soumise à l'agrément du peuple et aurait la valeur d'un simple projet. Les rachimbours seraient des

¹ LVII, 2 et 3.

² LVII, 1; C. 5 c. 7, nous parlent des rachimbours assis. Une formule concerne les rachimbours assis et ceux qui sont debout. Elle est ainsi conçue : « *racimburgi qui ad universorum causas audiendum residebant vel adstant.* » (*Formulae Senonenses recentiores* 6, Zeumer, p. 214). Fustel de Coulanges (*La monarchie franque*, p. 361, n. 2) critique Waitz (*Deutsche Verfassungsgeschichte*, 3^e Auflage, II, 2^e partie, p. 166) qui croit à cette distinction. Pour Fustel de Coulanges, les deux verbes d'un sens si opposé sont une simple redondance de style et la conjonction *vel* doit avoir le sens de *et*. Nous n'acceptons pas cette correction du texte et nous rapprochons cette formule des autres textes de la *lex salica* sur cette question.

³ LVII, 3, *judicaverint, judicassent*.

⁴ Thonissen, *L'organisation judiciaire, le droit pénal et la procédure pénale de la loi salique*, 2^e édit., Paris, 1882, pp. 75-77; Beauchet, *Histoire de l'organisation judiciaire en France*, Paris, 1886, p. 30 et suiv.

conseillers. Or, les textes ne disent rien de pareil : ils accusent l'existence d'un pouvoir propre à juger chez les rachimbourgs. Dans ces conditions, les rachimbourgs se confondent avec le peuple. Et, d'ailleurs, comment supposer, ajoutent ces auteurs, que le peuple ait besoin d'une commission spéciale de rachimbourgs, alors qu'il participe lui-même à la justice et que le droit de ce temps-là est renfermé dans quelques tarifs de compositions.

Ce raisonnement ne résiste pas à l'examen des textes. Admettre que les rachimbourgs se distinguent du peuple n'est pas contraire à l'idée du pouvoir propre de juger reconnu à ces personnages. Au contraire, les rachimbourgs émettent des jugements véritables : ces jugements deviennent définitifs, sauf désapprobation formelle du peuple. Mais c'est Thonissen qui se heurte aux textes en assimilant le peuple aux rachimbourgs. Il donne un sens fort obscur aux témoignages concernant soit la responsabilité des rachimbourgs en cas de déni de justice et de mal jugé, soit la situation distincte de ces personnages au point de vue du rang social et de leurs connaissances juridiques.

Quant à l'affirmation de Thonissen sur l'inutilité d'une pareille commission d'experts, elle est démentie par les textes qui nous présentent les rachimbourgs comme un groupe à part dans le *mallum*. Il suffit de faire observer qu'à cette époque le droit était purement oral, le souvenir en était mal assuré; d'autre part, l'aptitude à découvrir la *lex* n'était pas donnée au premier venu : il y avait des cas nouveaux qui

devaient nécessairement se produire en justice et qui nécessitaient l'existence de personnages spéciaux.

Cette fonction d'émettre des jugements concrets à la demande des parties n'est d'ailleurs pas spéciale aux rachimbourgs du droit salien. Le droit frison nous mentionne aussi l'existence de l'*asega*, personnage qui exerce le rôle du diseur de droit dans l'assemblée judiciaire des frisons¹. La même mission d'indicateurs officiels de la *lex* a été remplie par les *iudices* alamans ou bavares². Chez les Scandinaves, sauf pourtant au Danemark, l'institution du diseur de droit trouve sa place et nous apparaît dans un relief saisissant³. Cette institution, en somme, n'est absente que chez les peuples qui, au moment où sont apparus les premiers monuments de leur droit, vivaient en contact avec une population romaine assez dense. C'est le cas des Wisigoths, des Burgondes et des Lombards⁴, où le juge était à la fois, comme le juge romain ou notre juge moderne, un justicier et un diseur de droit.

¹ Von Richthofen, *Untersuchungen über friesische Rechtsgeschichte*, Theil II, Berlin, 1882, pp. 484-485.

² Pour les *iudices* alamans, cf. *Lex Alamannorum* (édition Lehmann, 1888), titres XLI et XLII, pp. 100-103, et l'article de Merkel (*Der Judex im bairischen Volksrechte*, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, I, pp. 131-167). Pour les *iudices* bavares, cf. l'article de Beseler (*Der Judex im bairischen Volksrechte*, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, IX, pp. 244-261).

³ Schröder, *Gesetzsprecheramt und Priestertum bei den Germanen*, *Z. S. St., G. A.*, IV, 1883, p. 218 et suiv.

⁴ Lambert, *Etudes de droit commun législatif*, Paris, 1903, p. 757. Il faut ajouter encore le droit thuringien où le diseur du droit n'apparaît pas.

§ II. — *Il émet des jugements abstraits.*

Une autre fonction plus récente est venue s'ajouter à la précédente ¹. Le diseur de droit n'attendait plus la sollicitation des parties en procès, il la devançait et révélait la *lex* en vue des cas de procès futurs. C'est surtout dans les pays scandinaves, et en Islande en particulier, que cette fonction présente le relief le plus saisissant.

Le diseur de droit islandais ², appelé *lögsögumadr*, est investi de ses fonctions pour une durée de trois ans, par le *lögretta*, conseil du gouvernement, composé de tous les chefs de clan du pays. Il répondait à toutes les demandes d'indication de la *lex* et révélait ainsi la *lex* aux plaideurs. Mais le *lögsögumadr* exerçait encore son activité scientifique sous une autre forme. Il était soumis, en effet, à l'obligation de tenir

¹ Cela ne veut pas dire que les rachimbourgs, par exemple, ont acquis plus tard le droit d'émettre des jugements abstraits. Nous nous plaçons au point de vue général.

² Konrad von Maurer, un spécialiste du droit scandinave, *Island von seiner ersten Entdeckung bis zum Untergange des Freistaates*, München, 1874, pp. 52. 67. 211-220. 464-466, *Das Alter des Gesetzssprecheramtes in Norwegen* (Festgabe für Arndts, im Auftrage der Juristenfakultät zu München überreicht von Brinz und Maurer, München, 1875), pp. 2-8. Karl von Amira, *Nordgermanisches Obligationenrecht*, II, p. 37 et suiv., *Grundriss*, 2^e édit., p. 67 et suiv. Schröder, *Gesetzssprecheramt und Priestertum*, Z. S. St., G. A., IV, 1883, p. 216 et suiv. Lehmann, *Zur Frage nach dem Ursprunge des Gesetzssprecheramtes*, Z. S. St., G. A., VI, 1885, pp. 193-199. Von Richthofen, *Untersuchungen über friesische Rechtsgeschichte*, Theil II, Berlin, 1882, pp. 587-592. Dareste, *Etudes d'histoire du droit*, Paris, 1889, p. 344 et suiv.

devant le *allthing*, assemblée générale de toute la tribu, en présence du *lögretta*, une conférence juridique où il rappelait au peuple les questions qu'on lui avait posées antérieurement et les réponses qu'il y avait faites. Mais à côté de ce rappel des jugements concrets, les jugements abstraits, émis en dehors de toute application à une espèce concrète, firent leur apparition. Le *lögsögumadr* en vint insensiblement à prévoir les cas de procès futurs, les cas de procès qui pourraient le plus fréquemment se présenter dans la pratique, et à indiquer à l'avance la solution qu'elles comportaient. Le diseur de droit islandais devait même parcourir, pendant les trois ans que durait sa fonction, le domaine entier de la coutume : il formulait ainsi son programme d'administration de la justice non pas en une fois au moment de son entrée en charge comme le préteur romain, mais en répartissant sa tâche sur trois ans.

Ce second mode d'action du *lögsögumadr* s'appelait plus spécialement *laghsaga*, bien qu'au sens large ce terme s'entendît de la diction de la *lex* sur cas concret aussi bien que sur cas abstrait. La description du mécanisme de la conférence juridique, dans les milieux scandinaves où cette conférence apparaît en pleine lumière, éclaire le sens de chacun des termes du grand et du petit prologue de la *lex salica*. Le fond primitif du texte de la *lex salica* aurait été obtenu par la réunion de trois conférences juridiques des diseurs de droit francs. Ces experts auraient passé en revue les questions susceptibles de se poser le plus fréquem-

ment en justice et auraient indiqué la solution à leur donner ¹. La *lex salica* doit, d'après les prologues, son origine au fonctionnement de la *laghsaga*.

Ainsi, le diseur de droit révèle la *lex* soit sur cas concret, soit sur cas abstrait, en dehors de tout litige actuel.

SECTION III. — ORIGINE DE LA FONCTION DU DISEUR DE DROIT ².

C'est dans l'ancien droit scandinave, où l'organe de la révélation judiciaire du droit apparaît le plus net-

¹ Cette institution de la conférence existe aussi dans l'ancien droit suédois. Le pape Innocent III, dans une lettre du 12 mars 1206 adressée à l'archevêque d'Upsal, fait allusion à cet exposé oral. « Cum legislatores regni ejus annis singulis teneantur coram populo legem consuetudinis. » Cf. Beauchet, *Etude sur les sources du droit suédois jusqu'au XV^e siècle*, N. R. H., 1890, pp. 720-786; 1891, pp. 217-277. Karl von Amira, *Obligationenrecht*, I, p. 5 et suiv.; *Grundriss*, 2^e édit., p. 57. Maurer, *Krit. Viciteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, XIII, pp. 75-89; *Das Alter des Gesetzsprecheramtes*, pp. 8-20. La conférence atteste son existence en Norwège également : cf. Maurer, *Krit. Viciteljahrsschrift*, X, pp. 374-381; *Das Alter des Gesetzsprecheramtes*, pp. 21-69; Amira, *Obligationenrecht*, II, p. 2 et suiv. Enfin le prologue de la *lex salica* y fait nettement allusion et attribue l'origine de la *lex salica* au fonctionnement de cet usage de la conférence annuelle. Le terme *laghsaga* signifie textuellement diction de la loi (*lagh*=loi; *saga*, diction).

² Karl von Richthofen, *Untersuchungen über friesische Rechtsgeschichte*, I, p. 33, II, pp. 457-465; Heck, *Altfrisische Gerichtsverfahren*, p. 50 et suiv.; Amira, *Gött. gelehrt. Anzeigen*, 1883, p. 1064 et suiv.; *Grundriss*, p. 8; Schröder, *Gesetzsprecheramt und Priestertum bei den Germanen*, Z. S. St., G. A., 1887, IV, pp. 213-231; Lehmann, *Zur Frage nach dem Ursprunge des Gesetzpreche-*

tement, que l'on peut tenter de rechercher l'origine de la fonction du diseur de droit. On a contesté que cette origine fût religieuse en prétendant que les coutumes scandinaves attestent une indépendance complète du diseur de droit vis-à-vis du prêtre. Les arguments produits en faveur de cette contestation ne sont pas décisifs; de plus, ils laissent intacts ceux qui tendent à démontrer que les fonctions du prêtre et du diseur de droit ont été exercées par un seul et même personnage, avant de se séparer. C'est ce que nous indiquerons dans la critique qui suivra l'exposé de l'opinion par nous combattue.

§ I. — *La fonction de la révélation du droit serait indépendante, dès ses origines, de la prêtrise.*

Lehmann¹ passe en revue le droit islandais, d'une part, et le droit norvégien et suédois, d'autre part, pour conclure à l'inexistence d'un rapport de filiation quelconque entre la fonction du prêtre et celle du diseur de droit.

En Islande, la prêtrise était exercée par le *gode*, chef qui avait fondé le temple et en avait la garde. Ce *gode* procédait aux cérémonies du culte. Les compa-

ramtes, Z. S. St., G. A., 1885, VI, pp. 193-199; Lambert, *Études de droit commun législatif*, Paris, 1903, p. 762 et suiv.; Boden, *Das Urteil im altnorwegischen Recht*, Z. S. St., G. A., 1903, 24, pp. 3-59; Jackel, *Abba, Asega et Redjeva*, Z. S. St., G. A., 1906, 27, pp. 114-151; *Altgermanisches Sakralrecht*, Z. S. St., G. A., 1913, 34, pp. 313-404.

¹ Lehmann, *op. cit.*, pp. 194-196 pour l'Islande; p. 196 pour la Norvège; pp. 197-199 pour la Suède.

gnons du peuple, qui venaient s'établir autour du temple, reconnaissaient le *gode* comme prêtre. Grâce à sa situation de prêtre, ce personnage conquit peu à peu le droit de gouverner ses semblables. Son autorité spirituelle fut la source de son pouvoir gouvernemental. Et comme la fonction de prêtre du temple était liée à la propriété du temple, le droit de souveraineté, qui résultait de là pour le *gode* sur les compagnons du temple, se transmettait avec la propriété du temple également. Le *gode*, chef héréditaire, devint à la fois détenteur du pouvoir religieux et chef de la communauté. C'est lui qui consacrait l'assemblée judiciaire, recevait les serments, exécutait les sacrifices. En même temps, il percevait l'impôt et, en général, exerçait son influence sur l'administration du pays.

Or, le diseur de droit islandais est un personnage fort différent. Sa fonction n'est liée à aucune propriété, comme celle du temple pour le *gode*. C'est l'élection qui confère le titre de diseur de droit. Toute personne peut être élue diseur de droit. La fonction, de plus, n'est pas viagère, elle est calculée pour une durée de trois ans. Mais ce qui est caractéristique, c'est qu'il n'y a rien qui porte là une empreinte religieuse. Le *lögsögumadr* a le droit de faire des conférences à l'*allthing*, de délivrer des consultations aux plaideurs et de prendre la présidence du *lögretta*. Mais il n'a pas la consécration du thing; il ne joue aucun rôle dans la prestation de serment ni dans les sacrifices, ni dans le service du temple. Le diseur de droit islandais représente simplement un contrepoids

à la toute-puissance des familles régnantes et un défenseur de la classe paysanne.

En Norvège et en Suède, la prêtrise, comme en Islande, a une vie parallèle à celle du diseur de droit.

Le diseur de droit norvégien n'a aucune fonction religieuse. Elu directement par la classe paysanne, il a été dès le début le défenseur des intérêts de cette classe contre la royauté. Le roi, par contre, avait tous les pouvoirs religieux. Il est cité à plusieurs reprises comme celui qui offrait les sacrifices.

En Suède, la royauté et la prêtrise sont en rapports intimes. Odin était considéré comme le père de race des rois suédois. Ses douze assistants devaient présider aux sacrifices. Les rois maintinrent cette tradition. Aussi voyons-nous le roi chrétien Ingi mis en demeure d'avoir à maintenir les anciens usages païens ou d'avoir à abandonner la royauté. Son beau-frère Sveinn fut même choisi roi de la Suède entière parce qu'il s'offrit à accomplir les sacrifices traditionnels. Mais la fonction de diseur de droit était distincte de la prêtrise. Le *lögmann* suédois révèle le droit dans les assemblées judiciaires; confère au nom de la province la royauté à l'élu, devient juge. Il est nommé par l'élection et représente lui aussi la classe paysanne. Il n'y a aucun rapport entre le diseur de droit et le prêtre.

Ainsi, pour Lehmann, les diseurs de droit ne sont pas qualifiés prêtres et la prêtrise est exercée par les chefs de clans. Ce sont deux fonctions parallèles.

§ II. — *Notre critique.*

Trois arguments, pour nous, s'opposent à ce que cette démonstration soit considérée comme décisive. D'abord, les monuments de l'ancien droit scandinave, bien qu'ils ne rattachent pas directement la révélation du droit à la prêtrise, contiennent des survivances d'un temps disparu où la révélation du droit ne pouvait incomber qu'à la prêtrise. Ensuite, le droit comparé donne à ces survivances leur véritable signification en nous révélant précisément une phase du développement du droit où la *lex* a été exclusivement religieuse. Enfin, certaines données nous permettraient de croire que le mouvement de laïcisation a dû consister probablement à détacher successivement des mains du prêtre d'abord la protection du droit, ensuite la révélation du droit.

1° *L'ancien droit scandinave n'exclut point l'idée d'une origine religieuse de la fonction du diseur de droit.* — Lehmann oublie certains traits caractéristiques de la fonction du diseur de droit.

Ainsi, pour l'Islande, cet auteur représente le *lög-sögumadr* comme un défenseur choisi par la masse de la population pour la protéger contre l'oppression des seigneurs. Or, le diseur de droit est élu par le *lögretta*, composé des évêques, des *gode* et de quelques assesseurs des *gode*. Sa nomination était faite par l'aristocratie des *gode*. De plus, il est certain que le *gode* a dû, en sa qualité de prêtre, exercer une in-

fluence sur le droit, tant qu'il est resté seul chef dans sa circonscription. C'était lui qui faisait fonction de diseur de droit à ce moment. Par conséquent, à ce moment-là, la prêtrise et la révélation du droit étaient exercées par le même personnage¹. Mais la situation a dû changer, quand ces petites associations se sont agglomérées en une république oligarchique et que, par suite de l'établissement du *allthing*, l'unité de droit a été réalisée pour l'ensemble de l'Islande.

Tout en conservant leurs attributions de sacrificateurs, les *gode* ont dû être amenés à déléguer leur fonction de révélation du droit à un représentant unique, le *lögsögumadr*, qu'ils désignaient seuls. Et ce qui confirme le souvenir sacerdotal des origines de cette fonction de dire le droit, c'est le fait que le *lögsögumadr* s'occupe de la rédaction du calendrier judiciaire² et détermine l'endroit propice à la tenue des séances du tribunal, toutes les fois qu'il n'était pas fixé à l'avance par la coutume.

Le raisonnement de Lehmann ne se soutient pas davantage pour la Suède et la Norvège. Les petits rois, comme les *gode* islandais, cumulaient les pouvoirs civils et les pouvoirs religieux.

L'apparition du diseur de droit a dû coïncider avec la disparition des petites royautes. Sa situation de défenseur auprès de la royauté centrale ne peut s'expliquer que par une survivance des anciennes attri-

¹ Lehmann en convient du reste (*op. cit.*, p. 194 *in fine*).

² Amira, *Obligationenrecht*, II, p. 534, n° 8.

butions du petit roi. Ses fonctions juridiques n'ont probablement pas d'autre origine que ses fonctions politiques. Les unes et les autres ont dû être exercées par le petit roi. Evidemment, la magistrature du diseur de droit n'a pas, comme en Islande, un caractère aristocratique. Mais cela tient à la différence des voies par lesquelles s'est réalisée l'agrégation des petits états en un groupe national. Ici la royauté centrale a absorbé les royautés locales. Le diseur de droit a été établi pour sauvegarder l'autonomie législative des anciens territoires soumis aux petits rois. La royauté centrale a laissé à ces groupes provinciaux leur autonomie législative et leur a permis d'instituer des magistrats pour exercer celles des anciennes attributions du petit roi qui ne lui portaient pas ombrage et étaient nécessaires au fonctionnement de la justice.

De plus, certains actes, dans la mission confiée au diseur de droit, ne peuvent s'expliquer que par l'idée de l'origine sacerdotale de sa fonction : ainsi le diseur de droit norvégien ¹ établissait les limites saintes à l'intérieur desquelles devait se tenir le *lögretta*.

Ainsi l'ancien droit scandinave n'exclut point du tout l'idée d'une origine religieuse pour la fonction du diseur de droit dans les temps primitifs. Des survivances d'ordre religieux dans le mécanisme de la révélation judiciaire du droit, tel qu'il nous apparaît d'après les coutumes scandinaves, ne peuvent même trouver une explication satisfaisante que par la sup-

¹ Maurer, *Das Alter des Gesetzspreherantes in Norwegen*, pp. 53. 59-61.

position de l'existence, dans le développement du droit, d'une phase primitive où la *lex* a été purement religieuse avant de devenir laïque.

2° *Le droit comparé révèle l'association primitive des fonctions du prêtre et du diseur de droit.* — Les coutumes germaniques font pressentir, par ces survivances, sans toutefois nous l'indiquer expressément, un temps, antérieur à la mise par écrit de ces coutumes, où le diseur de droit était lui-même un prêtre. Or, le droit comparé nous permet d'éclairer la signification de ces survivances et de la situer dans le cadre général de l'évolution de la notion de droit. Grâce au droit comparé, nous apprenons que le diseur de droit et le prêtre ne faisaient qu'un primitivement. Le droit est, comme bien l'on pense, exclusivement religieux. Nous pouvons même reconstituer l'évolution des pouvoirs du prêtre primitif dans la révélation du droit et parvenir à une époque où la divinité elle-même était considérée, dans l'esprit des hommes, comme faisant fonction d'oracles judiciaires. Dans cette histoire, présentée à rebours en quelque sorte pour pouvoir partir du terrain des coutumes germaniques laïcisées et remonter ainsi dans le passé, nous distinguons trois périodes. Deux nous montrent le prêtre qui révèle le droit; la troisième nous fait assister à la révélation directe du droit par la divinité.

En premier lieu le prêtre, comme son successeur le prudent laïque, révèle le droit parce qu'il connaît déjà les volontés du dieu. La divinité a rendu, autre-

fois, le jugement à propos de cas semblables : le prêtre n'a qu'à se rappeler ces précédents et à les appliquer. Ainsi Moïse, nous dit la Bible ¹, institue pour le remplacer des juges et leur fait connaître les décisions et maximes de droit déjà dictées par la divinité.

En second lieu, le prêtre consulte réellement la divinité et saisit ensuite les parties de la décision divine. Le droit hébraïque nous retrace le cérémonial dont se serait entouré Moïse, quand il transmettait à Dieu les demandes de consultation qui lui étaient adressées et émettait ses oracles. Chaque fois Moïse dressait, en dehors du camp, une tente qu'il appelait la tente de la révélation, la tente de la vision. Pendant qu'il s'y rendait, les Israélites se tenaient chacun sous la porte de sa tente et le suivaient des yeux. Au moment où il pénétrait dans la tente mystérieuse, une colonne de nuages venait prendre sa place à l'entrée de la tente et parlait avec lui. Quand les Israélites voyaient cette colonne de nuées, représentation matérielle d'Iahwé, ils se levaient pour se prosterner aussitôt à terre devant la porte de leur bivouac. Ensuite Moïse revenait au camp rapporter les réponses aux consultations demandées ².

En troisième lieu, une autre phase plus ancienne peut être découverte. Ce n'est plus le prêtre qui rend,

¹ *Exode* XVIII, 13-27.

² *Nombres* XXVII, 2-12, XXXVI, 1-13, sur la consultation de Iahwé par Moïse à propos du cas des filles de Tsélopphad.

au nom de la divinité, la sentence. C'est Dieu lui-même qui est censé dire le droit.

Dans la Bible, la procédure de l'urim et du tummim est caractéristique. Le dieu est représenté sous la forme matérielle d'idoles. Des images appelées éphod représentaient le dieu. Les parties demandaient au lévi de poser au juge une question. Le lévi interrogeait le dieu, mais la question était toujours posée d'une façon dichotomique. Le dieu répondait par oui ou par non, sans nuancer sa sentence. L'idole faisait apparaître sur sa poitrine soit l'urim, soit le tummim. Parfois elle se refusait à répondre quand elle était mécontente¹. De même, en Egypte, le dieu Ammon rend des jugements. Ainsi, en cas de vol commis au préjudice du roi, si le coupable n'est pas découvert, on s'adresse à Ammon. Le prêtre fait passer devant la statue du dieu tous les hommes du roi et Ammon doit incliner la tête au passage du coupable. Ou bien les parties sont en conflit et rédigent un livret où elles exposent leurs prétentions. Le livret pris par le dieu Ammon indiquera celui qui aura raison².

¹ Renan, *Histoire du peuple d'Israël*, I, 2^e édit., 1887, Paris, p. 269. 272. 273. 276, et II, 1^{re} édit., 1889, Paris, p. 272. 277. 279.

² Le jugement par le sort est encore une forme du jugement rendu directement par la divinité. Dans les coutumes préislamiques, le prêtre avait une corbeille dans laquelle se trouvait un certain nombre de flèches. En secouant la corbeille il faisait sortir une flèche et celle qui sortait indiquait la sentence. Chez les Germains, le sort a tenu une grande place : en cas de mariage de la fille ; en cas de représentation successorale. Faut-il ajouter que, de nos jours, des survivances de ce jugement par le sort se retrouvent dans les jeux de pile ou face ou dans la courte bûche. (Cf. Révillout, *Précis du droit égyptien comparé aux autres droits de l'antiquité*, I, pp. 231-244.)

Ainsi, à la lumière du droit comparé, la révélation du droit se présente avec une origine religieuse.

3° *Laïcisation progressive des attributions judiciaires du prêtre primitif.* — Le prêtre primitif cumulait tous les pouvoirs religieux et civils¹. Une différenciation de fonctions n'a pas tardé à s'opérer. La révélation du droit et la protection du droit se distinguent l'une de l'autre. La révélation du droit est l'attribution qui s'est détachée la dernière de la prêtrise.

Brunner², pourtant, soutient le contraire. Voulant rendre compte de l'origine du diseur de droit, il remarque chez les Germains que le *princeps* est à la fois juge et diseur de droit. Ce personnage avait le pouvoir religieux et le pouvoir civil. Or, au lendemain des invasions, les coutumes germaniques nous donnent le spectacle d'une très grande variété : les unes citent un diseur de droit, les autres mentionnent un collège de diseurs de droit, d'autres révèlent l'existence d'un juge faisant, en outre, fonctions de diseur de droit. Que s'est-il passé entre le temps de Tacite et celui des invasions? Brunner estime que le *princeps* a dû prendre l'habitude, là où se trouve plus tard le diseur de droit seul ou en collège, de demander à une ou plusieurs personnes de l'assemblée un projet de jugement. Cette habitude aurait peu à peu créé l'institution du diseur de droit.

¹ Les petits rois scandinaves, les *godes* islandais, les rois de la Rome primitive, les *principes* germaniques semblent bien avoir exercé à la fois les pouvoirs religieux et les pouvoirs civils.

² Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, I, p. 125.

Nous ne croyons pas décisive cette argumentation. D'abord, d'après Brunner, ce serait les législations les plus *romanisées* qui auraient reflété le mieux le type *germanique* : les Lombards, les Wisigoths et les Burgondes ont un juge qui dit le droit. Ce juge ne peut pas être le descendant direct du *princeps*. Ensuite, il est difficile d'admettre que le *princeps* se décharge sur des membres de l'assemblée du soin de dire la loi, dès l'instant que le droit primitif a un caractère sacré très prononcé. Le *princeps* a seul l'aptitude à deviner les solutions à cause de sa qualité de prêtre.

A vrai dire, l'organisation judiciaire des différentes coutumes germaniques s'explique autrement. Les coutumes des Lombards, des Wisigoths et des Burgondes copient le système romain où le juge était diseur de droit. Les autres coutumes qui séparent les fonctions de juge et celles de diseur de droit trahissent la survivance du type germanique ancien. Seulement, cette séparation de fonctions est due à la laïcisation des fonctions de justicier, président de l'assemblée judiciaire. Cette fonction de président de l'assemblée judiciaire a passé à un laïc. La révélation du droit est demeurée, au contraire, le lot du prêtre, seul détenteur des secrets de la *lex*.

C'est, du reste, ce que nous constatons à Rome. Le roi détenait tous les pouvoirs religieux et civils. Lors de la chute des rois, les pouvoirs civils sont allés aux consuls et les pouvoirs religieux ont passé aux pontifes, successeurs des rois en matière religieuse. Or, l'aptitude à dire le droit était conférée non pas aux

consuls; mais aux pontifes. La protection du droit, originairement confondue avec la révélation du droit, s'est distinguée la première et s'est laïcisée.

La révélation du droit, elle aussi, a passé peu à peu entre les mains des laïcs. De la coutume religieuse (*fas*) on est allé à la coutume laïque (*jus*). Le vieux droit germanique nous montre cette phase de l'évolution. La *lex* a encore des éléments religieux et commence à revêtir la forme laïque. A la veille des invasions, ceux qui révélaient le droit étaient des prêtres. Le prêtre tient l'assemblée judiciaire; il a un rôle dans le droit pénal: c'est un bourreau; il indique le lieu propice, le jour faste; il publie les lois. Après les invasions, ces diseurs de droit se laïcisent. Ils deviennent des fonctionnaires, perdent leurs fonctions de prêtres, conservent celles de dire le droit. C'est que leurs fonctions sacerdotales sont incompatibles avec les idées du christianisme. Le droit se laïcise parce que les personnes, qui possèdent l'aptitude à le révéler, n'ont plus le caractère religieux.

Ainsi, les diseurs de droit, quand ils ont perdu leur caractère religieux, comme cela se présente dans les coutumes germaniques et dans le *mallum* salien, continuent à pouvoir dire le droit parce qu'ils ont hérité de cette fonction et que leurs prédécesseurs ont été autrefois des prêtres. Il en est du *lōgsögumadr* ou du *laghman* comme du prudent libre de la fin de la République romaine. Ce n'est pas un prêtre par lui-même, il a hérité de fonctions qui ont appartenu à des prêtres et qui ne sont parvenues qu'à leur plein développement entre ses mains.



La *lex* n'est point l'œuvre d'une collectivité qui vote ou discute : elle se présente comme étant d'origine surnaturelle. Les personnes aptes à la révéler ont été d'abord des prêtres avant d'être des laïcs instruits. Cette constatation est précieuse à un double point de vue : d'abord elle nous fait ressortir l'origine commune du droit et de la religion dans les temps primitifs et permet par là même d'expliquer les survivances d'ordre religieux dans le droit des peuples qui ont franchi depuis peu le stade de la laïcisation, ensuite et surtout elle nous démontre que la révélation de la *lex*, quelles que soient les personnes qui, successivement, ont exercé cette attribution, a toujours échappé à la masse du peuple pour être un monopole exclusivement réservé à une élite d'individus, doués de qualités spéciales.

CHAPITRE III

Rôle du peuple.

Le droit étant découvert par des spécialistes, d'abord religieux, puis laïques, le peuple n'a pas un rôle d'initiative. Est-ce à dire qu'il assiste passivement aux révélations des diseurs de droit? Les romanistes l'affirment¹. Le peuple présent à l'assemblée judiciaire assurait simplement la publicité des débats en remplissant le même office que le public romain qui suivait les séances du tribunal. Nous ne croyons pas que le rôle purement passif attribué au peuple par les romanistes trouve sa confirmation dans les textes. L'introduction du concept romain de l'organisation judiciaire des derniers siècles dans l'étude des assemblées judiciaires des Francs jette le trouble dans les idées et méconnaît la différence de culture qui séparait encore les Romains et les Francs. A Rome, en effet, le juge disposait à la fois du pouvoir de dire le droit et du pouvoir de protéger le droit. Son tribunal se tenait dans un lieu connu de tous et ouvert à tous. Le public pouvait assister aux audiences du tribunal.

¹ Fustel de Coulanges (*La monarchie franque*, pp. 352, 353, 394-400), à qui le caractère obligatoire de la présence de tout le peuple de la circonscription a échappé, confond la présence du peuple franc avec celle du public ordinaire.

Chez les Francs, comme chez les Germains, le diseur de droit n'avait qu'une des deux attributions reconnues au juge romain : il déclarait le droit. Mais cette déclaration du droit serait restée lettre morte si le peuple, par sa présence, ne se l'était appropriée. Il fallait assurer la sanction du droit révélé. Or, avant l'apparition du comte, agent royal, ce rôle ne pouvait incomber qu'au peuple à la condition que la présence du peuple revêtît un caractère obligatoire. Le peuple n'est plus alors un simple public bénévole, c'est ce que nous constaterons en examinant d'abord le caractère de la présence du peuple et en recherchant ensuite quel pouvait être le rôle de ce peuple dans l'assemblée judiciaire.

SECTION I. — CARACTÈRE DE LA PRÉSENCE DU PEUPLE.

La participation des hommes libres à l'administration de la justice est un trait caractéristique de l'organisation judiciaire des peuples germaniques. Mais ce qu'il importe de mettre en relief, c'est le caractère obligatoire de cette participation pour chaque homme libre. Par ce trait, en effet, le peuple n'est pas à considérer de la même manière que le public des audiences du tribunal romain.

Déjà Tacite nous signale cette particularité dans la description des assemblées germaniques¹ :

Illud ex libertate vitium, quod non simul nec ut

¹ Tacite, *De origine et situ Germ.*, c. 11.

iussi conveniunt, sed et alter et tertius dies **cunctatione coeuntium** absumitur.

Les *leges* des peuples restés en Germanie font allusion également au caractère obligatoire de la présence du peuple.

La *lex Alamannorum* ¹ déclare, en effet :

Qualiscumque persona sit. . . . nemo neglegat ad ipsum placitum **venire**, ut in ipso placito pauperes conclament causas suas.

La *lex Baiwariorum* ² dit également :

Et **omnes liberi convenient** constitutis diebus ut iudex ordinaverit et **nemo sit ausus contempser**e **venire** ad placitum; qui infra illum comitatum manent. . . **Omnes ad placitum veniant. Et qui neglexerit venire, damnetur 15 solidos.**

Chez les Francs, cette obligation de venir à l'assemblée judiciaire était fort lourde. Nous avons des échos des plaintes élevées à ce sujet dans les capitulaires. Mais ce qui démontre le caractère obligatoire de la présence du peuple tout entier, ce sont les textes qui

¹ *Lex Alamannorum* (édit. Lehmann) XXXVI, 3. (Cf. variantes du texte pour la forme : *pauperi conclamant* que l'on trouve avec celle citée au texte, édit. Lehmann, p. 96.)

² *Lex Baiwariorum* IV, 15. On sait, d'autre part, que les Scandinaves donnaient le nom significatif de *allthing* à l'assemblée judiciaire pour désigner la totalité du peuple. Cf. sur ces assemblées, Waitz (*Deutsche Verfassungsgeschichte*, I, 3^e Auflage, Kiel, 1880, pp. 340-370) qui les étudie très complètement.

exonèrent complètement les hommes libres de leur devoir d'assister au *mallum* convoqué et limitent seulement à trois *mallum* légitimes leur obligation de comparaître à l'assemblée judiciaire.

Un capitulaire de 801-810 déclare ¹ à ce sujet :

Ut ante vicarios nulla criminalis actio diffiniatur.....
Et ingenuos homines nulla placita faciant custodire,
postquam illa tria custodiant placita, quae instituta
sunt.

D'ailleurs, ce texte ne réalise pas lui-même la réforme de l'organisation judiciaire sur ce point-là, il ne fait que rappeler la teneur d'un capitulaire antérieur, que nous n'avons pas. Un capitulaire de 819 reproduit encore cette même décision ² :

De placitis si quidem quos liberi homines observare debent constitutio **genitoris nostri** penitus **observanda** atque **tenenda est**, ut videlicet **in anno tria solummodo generalia placita** observent.....

¹ C. 102 (*Pippini capitulare italicum*), c. 14.

² C. 141 c. 14. On peut rapprocher de ces deux témoignages deux autres textes le C. 40, c. 20 de 803 et le C. 61, c. 5 de 809. Le C. 40, c. 20 fait allusion, en termes généraux, à la libération pour les hommes libres de l'obligation de venir au *mallum*. Le mot *banniat* désigne cependant le *mallum* convoqué. C'est donc pour le *mallum* convoqué que la libération est complète. Désormais les hommes libres ne seront pas tenus d'assister à plus de trois *mallum* légitimes par an. Sur les *mallum* légitime (tenu à jour fixe) et convoqué (tenu à la suite de la convocation du comte), et sur le devoir du *ding*, c'est-à-dire sur le devoir pour les hommes libres d'assister au *mall*, cf. Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, II, p. 221 et suiv.

Cette obligation d'assister au *mallum* peut s'expliquer par le caractère religieux primitif de l'assemblée judiciaire. La célébration du culte commun à la race entière, la solennité des sacrifices étaient le propre de cette assemblée. Le droit était originairement une affaire de religion. Tous ceux qui suivaient la même religion obéissaient aux mêmes coutumes. La personnalité des lois à l'époque franque n'a pas d'autre cause. On devait venir primitivement à l'assemblée pour écouter la bonne parole. La *lex* était l'expression de la volonté divine : il fallait venir l'entendre.

Quelle que soit, d'ailleurs, la raison première de cette obligation d'assister à l'assemblée judiciaire, il est clair que le caractère obligatoire de la présence du peuple ne pouvait avoir une signification que si le peuple avait un rôle à exercer. C'est ce rôle qu'il importe d'examiner maintenant.

SECTION II. — EN QUOI CONSISTE LE RÔLE DU PEUPLE?

Les hommes libres, qui tous devaient venir aux assemblées, n'étaient pas purement passifs. Des anecdotes, empruntées à d'autres civilisations, mettent en relief l'activité du peuple. Il y avait de sa part, sur la révélation de la *lex* par le diseur de droit, un contrôle, qui, du reste, s'exerçait par des moyens tout à fait appropriés au but.

§ I. — *L'activité du peuple.*

Si la révélation du droit appartient au diseur de droit, le peuple n'est pas pour cela réduit à une passivité extrême. Des anecdotes sur la présence du peuple dans l'assemblée judiciaire nous signalent précisément l'activité des hommes libres.

Ainsi, nous lisons dans l'Iliade¹ une scène intéressante. C'est la scène ciselée sur le bouclier d'Achille. Héphaïstos y représente la multitude poussant des acclamations ou proférant des murmures. Ce n'est pas là une justice populaire. La foule se presse autour des plaideurs et des juges. Le peuple est à l'Agora : deux hommes se disputaient à propos du rachat d'un meurtre. L'un affirmait avoir tout payé, l'autre soutenait n'avoir rien reçu. Tous deux demandaient qu'un arbitre mît fin à leur différend. La foule, criant, se pressait tout autour avec ceux qui assistaient les plaideurs. Les hérauts la maintenaient. Les gérontes étaient assis sur des sièges de pierre dans le cercle sacré. Dans les mains des hérauts, à la voix retentissante, étaient les sceptres qu'ils prenaient en se levant pour dire tour à tour le droit. Deux talents d'or étaient placés au milieu d'eux pour être donnés à celui qui dirait la sentence juste.

Ce n'est pas la foule qui rend un jugement ici. Les plaideurs s'adressent uniquement aux gérontes. Mais la foule donne son avis sur le litige. Ses murmures

¹ Iliade XVIII, vers 496-508.

ou ses acclamations indiquent de quel côté elle penche. Qu'il le veuille ou non, le juge subit ce bruit continuel de voix, ces clameurs qui se renouvellent à chaque phase du procès, et, sans doute, plus d'une fois il est impressionné par ces manifestations, car le dieu se sert de la foule pour inspirer la sentence.

De même, dans un récit sur le jugement de Daniel ¹, l'activité de la foule est très nette. Il s'agit de Suzanne, qui, surprise et tentée par les deux anciens, leur opposa la résistance la plus courageuse. Accusée par eux d'adultère, elle fut condamnée à mort aux applaudissements du peuple. Puis, comme on la menait au supplice, apparut le jeune Daniel. Le procès fut révisé par lui sur-le-champ, encore aux applaudissements du peuple. L'innocence de Suzanne fut proclamée et les deux anciens, subissant la peine du talion, furent mis à mort. Le peuple ici ne condamne pas, il y a un tribunal en dehors de lui. Ce sont les anciens, juges en Israël, qui seuls disent le droit. Mais la foule collabore avec eux. Ce n'est pas seulement pour regarder et écouter : elle a un rôle actif : elle acclame la première condamnation. Puis, quand Daniel intervient, c'est elle qui lui demande compte de ses insinuations. C'est elle aussi qui — implicitement — décide la révision du procès en revenant au lieu du jugement. Les anciens, qui n'ont pas statué sur ce

¹ Conte écrit en grec, inséré dans la traduction de la Bible en langue grecque que fit, au II^e siècle, Théodotion, puis traduit en latin et inséré dans la *vulgate*, où il forme le chapitre XIII du livre de Daniel. Cf. Esmein, *N. R. H.*, XXXI, 1907, pp. 729-754.

point, ne font que la suivre. Ils ne font que lui obéir en donnant à Daniel une place parmi eux et en lui remettant la direction de l'affaire. Enfin, quand la démonstration est faite, la foule se rue sur les deux coupables. L'intervention de la foule, telle que la représentent les contes, est un fait caractéristique. A cette occasion, elle s'adresse au juge pour l'approuver ou pour le blâmer : elle empêche le juge d'être injuste, trop dur ou trop élément. Entre elle et lui doit exister une constante harmonie.

Des textes de l'époque mérovingienne nous signalent aussi la même activité du peuple. La sentence est rendue « *coram populo* » mais non pas *a populo*¹. Dans certains documents on présente le peuple comme faisant entendre des murmures ou même des cris, soit qu'il veuille sauver un accusé, soit qu'il souhaite une condamnation¹.

De tous ces exemples nous pouvons dégager l'idée suivante : les cris du peuple, s'ils sont la preuve que

¹ Cf. les témoignages recueillis par Fustel de Coulanges, *La monarchie franque*, pp. 352-353. Dans l'assemblée judiciaire mérovingienne, les hommes libres doivent obligatoirement être présents. Ils émettent un *consensus* qui, au fond, a la même nature que le *consensus populi* émis à l'assemblée politique et celui qui est émis dans les élections épiscopales. Depuis l'apparition du comte et, en général, depuis l'accroissement progressif de l'autorité royale, ce *consensus*, finit par n'être plus qu'un symbole théorique, une fiction, un souvenir. Son caractère libre et volontaire s'altère : il devient de plus en plus contraint.

² Greg. Tur. IV, 44; VI, 8. Et encore faut-il faire des réserves sur l'attitude du comte qui applique du *droit royal*, émis d'autorité et non de la *lex*, indiquée par les rachimbourgs et consentie par le peuple.

le peuple ne peut pas lui-même prononcer la condamnation ni l'acquiescement, démontrent que le peuple était loin de rester confiné dans un rôle purement passif.

§ II. — *L'activité du peuple consiste dans un contrôle de l'application de la « lex ».*

Les modes de l'expression de la volonté du peuple étaient collectifs ¹. Les individus composant le peuple n'avaient pas à émettre chacun leur volonté personnelle par un droit de vote individuel. Dès lors, le peuple ne pouvait qu'approuver ou que désapprouver la révélation de la *lex* faite par le diseur de droit. Nous examinerons les effets de la désapprobation du peuple avant d'étudier ceux de l'approbation du peuple.

1° *Effets de la désapprobation du peuple.* — En cas de désapprobation formelle de la révélation du diseur de droit, le peuple ne peut pas indiquer lui-même la

¹ Cf. murmures, cris; acclamations. Choc des armes. Maurer (*Ueber das vopnatak der Nordischen Rechte, Germania XVI*, 1871, Wien, pp. 317-333), pour les modes d'émission du *consensus* dans les droits germaniques du Nord : choc des armes. — Schröder (*Gairethinx, Z. S. St.*, VII, G. A., 1887, pp. 53-60), pour le droit lombard. — Pour les textes, cf. César, *De bello gallico*, VII, 2, 1; Quinte-Curce, X, 6; Tacite, *Hist.*, V, 17. *Germ.* XI; Ammien-Marcellin, XV, 8, 5. — Cf. Waitz, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, I, Bd, 3^e Auflage, 1880, p. 354; Fustel de Coulanges, *La monarchie franque*, p. 70. Viollet, *Histoire des Institutions politiques et administratives de la France*, I, Paris, 1890, pp. 202-203. Le silence était une forme d'approbation.

lex, mais il demande une autre révélation de *lex* qui lui convienne. La mission de dégager la solution juridique incombe toujours au diseur de droit. Nous le constatons dans plusieurs exemples qui attestent encore la parfaite concordance entre les droits religieux hébraïque et musulman et le droit salien.

Le droit hébraïque nous fournit l'exemple des filles de Tsélopphad. Moïse, prié de consulter Iahwé sur l'admission de leur droit successoral, est revenu avec une réponse affirmative. Mais le peuple murmure. Si ces filles se marient avec des hommes appartenant à d'autres tribus, les immeubles, recueillis par elles, passeront en effet, par l'intermédiaire de leurs enfants, à d'autres tribus. Les filles exproprieront ainsi la tribu de leur père de son droit de copropriété sur les immeubles. Moïse porte ces protestations devant Iahwé qui, docilement, veut bien rendre une seconde sentence qui paralyse les effets de la première. Désormais, les filles de Tsélopphad ne pourront se marier qu'à l'un des membres de la tribu de leur père, et il ajoute qu'il en sera de même pour toutes les filles qui seront appelées à recueillir une succession immobilière¹.

Le droit musulman nous donne un exemple analogue du rôle du peuple. Une succession est appréhendée conformément à la coutume par les cousins paternels, faute de parents mâles plus proches. Les filles du *de cuius* et sa veuve protestent. La veuve consulte

¹ Nombres XXVII, 2-12; XXXVI, 1-13.

Mahommed qui, à son tour, pose la question à Allah. Après plusieurs tâtonnements, Allah finit par admettre la vocation héréditative des femmes, jusqu'alors rejetée¹.

Ces deux exemples sont tout à fait curieux. Il s'agit d'une coutume religieuse révélée par le prêtre. Malgré tout le prestige que le prêtre pouvait avoir aux yeux des peuples primitifs, la révélation de la *lex*, même regardée comme étant la volonté supérieure des dieux, ne pouvait pas s'imposer au peuple si elle heurtait trop directement les mœurs. C'est ce qui prouve que le droit ne peut s'implanter que s'il est en harmonie avec les aspirations du peuple. Le véritable fondement du droit n'est pas dans cette divinité reconnue par les peuples primitifs : elle se trouve dans les mœurs.

Le droit salien nous révèle, à son tour, le contrôle efficace du peuple sur les rachimbourgs qui disent la *lex*. Faute d'avoir analysé ce contrôle du peuple, quelques auteurs prétendent² que le peuple juge. Or, le peuple n'émet pas lui-même la sentence sur le cas de droit posé. Il contrôle l'application que fait de la *lex* les diseurs de droit. Ainsi, la *lex salica* nous dé-

¹ Soura IV, verset 8; versets 12. 14. 15. 126. 175. Il y a même au verset 175 l'ébauche d'un véritable programme d'administration judiciaire. Allah vise l'avenir et indique la réponse à faire, s'il y a lieu.

² Cf. *suprà*, p. 73. A vrai dire, nous n'aimons guère ce terme de juger qui caractérise des notions modernes et précises. Le juge moderne dit le droit et le fait respecter. Autrefois ces deux fonctions étaient exercées par des organes différents.

clare que, si les rachimbourgs commettent un déni de justice ou ne jugent pas selon la *lex*, une amende leur sera infligée¹. Or, pour mettre en œuvre cette procédure, il faut supposer que le peuple est l'âme du débat. Devant les murmures du peuple, les rachimbourgs qui ont émis la sentence devront faire place à un autre groupe de rachimbourgs qui devra émettre une sentence qui réponde à l'état de l'opinion publique. Si l'on confond peuple et rachimbourgs, on arrive à la supposition d'une condamnation du peuple par lui-même, ce qui paraît être un non-sens.

Ainsi, par sa désapprobation, le peuple joue un rôle considérable dans l'élaboration de la *lex* primitive : il ne dit pas le droit, il contrôle la révélation de la *lex* par le diseur de droit et peut amener celui-ci à rendre une sentence qui lui convienne.

2° *Effets de l'approbation du peuple.* — L'approbation du peuple n'avait pas même besoin d'être expresse : un consentement tacite suffisait. Seulement, il est clair qu'entre l'approbation directe et la désapprobation formelle se trouvent des degrés intermédiaires où l'absence d'opposition de la part du peuple équivalait théoriquement à une acceptation tacite. Dès l'instant que la révélation de la *lex* n'allait pas brusquement contre les sentiments du peuple, la sentence du diseur de droit était considérée comme acceptée, alors même qu'elle ne rentrait pas absolument

¹ LVII, 2 et 3.

dans les vues du peuple. Le diseur de droit est l'interprète de la *lex* : ses révélations font autorité jusqu'à désapprobation formelle du peuple. C'est, en somme, l'application au peuple de l'adage « qui ne dit rien, consent ¹ ».

Cet assentiment du peuple aux révélations du diseur de droit était d'une importance considérable : il donnait la vie à la *lex* ainsi révélée. Par cette acceptation, le peuple avait un rôle nécessaire de coopération dans la mise en œuvre de la *lex*.

Le diseur de droit, en effet, divulguait le contenu de la coutume; il était considéré comme un coutumier vivant; il permettait aux intéressés d'interroger la coutume gravée dans sa mémoire. Mais la sentence ainsi rendue n'était pas par elle-même munie de force exécutoire. C'était une simple déclaration de droit : il fallait, pour la transformer en *lex*, la sanction du peuple, sinon cette déclaration du diseur de droit restait lettre morte.

La *lex* ne puisait sa force que dans la libre volonté des individus de la reconnaître pour telle. Aucune autorité publique supérieure à chacun des hommes pris en particulier n'avait encore fait son apparition. Et peu à peu, lorsque l'idée d'une autorité publique fit

¹ En Suède on dit du *laghman* qu'il faisait, en fait, souvent la loi à lui seul. D'où pour le *laghman* Folke la réputation d'avoir introduit la règle qui exclut les enfants naturels de l'hérédité; pour le *laghman* Olli celle d'avoir été un diseur de droit qui a introduit des éléments pervers, injustes et astucieux dans la *lex*. (*Loi de Vestrogothie*, IV, 14, 19; IV, 14, 4, *Corpus juris Sueo-Gotorum antiqui*, I, *Codex juris Vestrogotici*.)

son éclosion dans les temps primitifs, celui qui était considéré comme représentant l'autorité publique se borna seulement à superposer sa sanction personnelle à la sanction toujours nécessaire de chacun des individus. La révélation du diseur de droit était acceptée par le peuple et mise à exécution par le chef de la tribu.

Nous sommes loin du temps où le droit sera établi et sanctionné par l'autorité publique et où le peuple, au lieu de consentir même tacitement à l'élaboration du droit nouveau, devra rigoureusement obéir. Aussi, comprenons-nous toute la portée de certaines expressions techniques, datant de ces époques lointaines, alors que les romanistes, par leur identification de la notion de loi à la notion romaine de la loi, qui est aussi devenue peu à peu la nôtre ¹, sont incapables de se rendre compte du sens de ces termes et finalement en négligent la haute signification.

Un ancien manuscrit de la *lex salica* a pour titre, en effet :

Incipiunt capitula in **pacto salicae** ².

La partie ancienne de la *lex Alamannorum* s'appelle aussi *pactus* et assimile même le mot *pactus* au mot *lex* :

Incipit **pactus lex** Alamannorum ³.

¹ Fustel de Coulanges, *La monarchie franque*, pp. 101, n. 4, 107, n. 1.

² *Lex salica*, édition Hessels, I, et *lex Ribuarica* (*Leg. V*, p. 213, 25), appelée au Ms. de Vienne **Pactus legis Ribuaricae**.

³ *Leges Alamannorum, Pactus* (édit. Lehmann, 1888, p. 20).

L'idée d'un pacte fait penser aux règles que protégeait une présomption d'acceptation tacite par tous les membres du groupe social qui assistaient à l'exposé oral du diseur de droit. Le peuple, par son acceptation, s'appropriait la révélation du diseur de droit. On pouvait dire qu'un pacte unissait tous les individus qui avaient reconnu la révélation comme étant leur *lex* dorénavant.

Les termes suivants mettent en relief également la part essentiellement volontaire de cette promesse d'observation consentie par le peuple :

Sic convenit ¹.

Hoc convenit observare ².

Placuit atque **convenit** inter francos et orum proceres ³.

La déclaration du diseur de droit devait convenir, agréer, plaire au peuple pour qu'il puisse en assurer librement la sanction et en faire une *lex*. Le droit naissait d'une sorte d'arbitrage volontairement accepté par le peuple ⁴.

¹ *Op. loc. cit.*

² *Lex salica*, II, 6; IV, 3; VIII, 2; XIV, 2; XXXIII, 1; XLVI.

³ *Prolog. minor ad legem salicam* (Behrend, p. 171).

⁴ La théorie romaine de la coutume, empruntée du reste aux rhéteurs grecs (cf. *suprà*, p. 10 et suiv.), a dû primitivement conserver le souvenir de cette époque où le droit était révélé par un diseur de droit et accepté par le peuple. Le consentement du peuple, dans cette phase de l'évolution des institutions judiciaires, a bien été contemporain de l'établissement de la règle et a même donné à celle-ci sa véritable sanction. Seulement il faut remarquer : 1° le consentement ne précède pas la divulgation de la norme juridique : il la suit;



Ainsi, dans l'assemblée judiciaire, le rôle du peuple était extrêmement intéressant.

Le peuple n'était pas entièrement passif, comme le croient les romanistes. Il ne s'agissait pas pour lui de prendre seulement connaissance de règles établies par une autorité publique ni d'assurer simplement la publicité de l'administration du droit. La présence de tous les hommes libres était obligatoire et avait pour résultat d'exercer le contrôle de l'opinion publique sur la révélation de la *lex*. Sauf désapprobation formelle du peuple, la déclaration du diseur de droit était considérée comme acceptée : elle était alors munie de la sanction juridique qui lui manquait : elle devenait une *lex*. Le *consensus populi*, promesse, ordinairement tacite, d'observation, était le fondement de la *lex*. Comme la religion, le droit était alors garanti simplement par la conscience de chacun. Le peuple apparaît ainsi comme le coopérateur du diseur de droit : il mettait en œuvre la *lex*.

Pourtant, le peuple n'était pas l'auteur de la *lex*,

2° ce mode d'établissement du droit suppose que l'autorité publique n'est pas encore née. On ne peut donc pas le transporter dans les derniers siècles de l'Empire romain, ni dans nos temps modernes où le droit est imposé au peuple, au lieu d'être consenti par lui. Le tribunal moderne ne ressemble pas à l'arbitrage des temps primitifs. Sous ces deux réserves, la théorie romaine de la coutume a le mérite de correspondre à un état de l'évolution de la notion de droit. On ne peut pas en dire autant de la théorie historique allemande ni de celle qui cherche la coutume dans le consentement des intéressés.

comme le soutiennent les germanistes. Le personnage actif était le diseur de droit : c'est lui qui avait seul l'aptitude à découvrir la *lex*, c'est-à-dire, en réalité, à effectuer la transmutation du sentiment juridique en norme¹. Le peuple ne pouvait que désapprouver la révélation de la *lex*, quand elle ne lui agréait point,

¹ Que penser du sentiment juridique ? Il est aussi vieux que le monde. Il semble qu'il n'y a point de peuplade, si sauvage soit-elle, qui ne possède les premiers éléments d'un droit. Le germe primordial du droit apparaît, comme le langage, avec l'établissement même de la vie en société. Mais le droit n'a dû prendre que progressivement les caractères que nous sommes habitués à lui prêter. Pendant les premières étapes de l'histoire de l'humanité, il n'a existé qu'à l'état de sentiment du droit et se traduisait alors par des manifestations comparables à celles dans lesquelles s'affirme actuellement l'existence d'un droit international public. Chaque individu manifestait le sentiment de son droit en le réalisant par son initiative individuelle, en le faisant respecter par l'emploi de la force et en cherchant à en punir la violation par la vengeance privée. (Cf. Post, *Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft*, Oldenburg, 1880, I, § 16. *Die Form des Rechts*, pp. 65-70; *Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz*, Oldenburg, 1894, I, §§ 3 et 4. *Die Erscheinungsformen des Rechts*, pp. 8-11.) Il a fallu probablement un long travail d'éducation sociale pour substituer à ce type primitif (*Rechtsgefühl*) le type moderne du droit congu sous la forme de règle juridique (*Normenrecht*). Le passage a été réalisé par l'emploi des sentences judiciaires : les cas de droit (d'où la règle se dégage seulement après coup) ont précédé dans l'histoire l'établissement direct du droit par règle. La cristallisation, la concrétisation du sentiment juridique s'est faite à l'aide d'opérations successives. La transmutation du sentiment juridique en normes s'est faite d'abord à l'occasion des procès en cours par cas de droit, ensuite à l'occasion de procès futurs par cas de loi, avant de se présenter sous la forme de la règle générale de droit, et elle se fait actuellement et par cas pour les procès pendants devant les tribunaux et par règle générale de droit pour les procès futurs prévus par le législateur. Jurisprudence et législation se sont différenciées et spécialisées de nos jours comme dans les derniers siècles de Rome et chez les peuples arrivés à leur plein développement.

et provoquer le diseur de droit à lui présenter une autre application de la *lex* qui lui convienne. Une approbation, qui pouvait être tacite, ou bien une désapprobation formelle lui étaient seules permises. Le sentiment juridique du peuple n'était pas encore arrivé à s'extérioriser autrement que par des manifestations collectives et le peuple ne connaissait point encore le droit de vote, ni le droit de discussion, ni celui d'amendement, notions modernes que le droit public, de création récente, a reconnues, distinguées et réglementées progressivement.

CHAPITRE IV

Nature et effets des « iudicia ».

La révélation du diseur de droit, approuvée par le peuple, donne naissance à la *lex*. La sentence est une *lex* : l'agglomération des sentences forme la *lex*. Les révélations de droit sont ou bien concrètes, ou bien abstraites, selon qu'elles sont provoquées par les procès ou suscitées par l'imagination du diseur de droit. Dans les deux cas, la *lex* a une nature et des effets identiques. Il n'y a de différence qu'au point de vue de l'aptitude à l'établissement d'une règle juridique. Nous étudierons d'abord la nature des *iudicia*; puis les effets communs et les effets particuliers aux *iudicia* concrets et abstraits.

SECTION I. — NATURE DES « IUDICIA ».

Le diseur de droit doit trancher les procès non d'après son appréciation subjective, mais d'après une règle supposée préexistante. On ne lui demande pas de dire ce qui lui paraît juste, mais ce qui est le droit. Il a le devoir d'appliquer la *lex* et ne peut juger que par référence à elle.

Mais, pour l'appliquer, il doit la connaître, et elle n'est connue que du jour où on l'a appliquée. Voilà

la contradiction fondamentale de tout système coutumier. Ce cercle vicieux est la conséquence d'une véritable opposition entre les faits et la théorie. Il y a une fiction dont il faut tenir compte à côté de la réalité. La sentence créatrice de droit se présente en apparence sous la forme d'un cas d'application d'une prétendue règle antérieure.

Le devin antique, le magistrat anglais sont des oracles vivants : l'un révèle la volonté divine, l'autre dit la coutume. Officiellement, ils ne font pas encore œuvre de création ni d'invention, ils découvrent et interprètent le droit. Les intentions des dieux, la coutume anglaise étaient arrêtées avant de se traduire dans les jugements. Dès sa première application, la *lex* est regardée comme immémoriale. Il y a deux phases dans l'histoire de la coutume : l'une antérieure, l'autre postérieure à la consécration judiciaire. Avant d'être consacrée, elle demeure impénétrable aux vulgaires. Seuls le magistrat, le diseur de droit peuvent la percevoir. Mais, quand le magistrat a déclaré le droit, alors tout change : ce qui était auparavant inconnu devient une règle permanente. Les jugements sont l'expression de la coutume. La *lex* n'acquiert sa valeur pratique qu'au moment où elle est révélée par le diseur de droit. Mais, à partir de ce moment, elle fait foi, elle est connue ¹.

¹ Stephen, *New commentaries on the laws of England*, 1896, I, pp. 54-105. Le législateur primitif comme le juge moderne ne créent du droit qu'en ayant l'air d'appliquer déjà un prétendu droit préexistant. Comme le prestidigitateur fait sortir de son chapeau les objets

Les innovations sont considérées comme la mise en œuvre de notions connues depuis longtemps, bien qu'encore inexprimées. C'est de cette manière que s'accroît la *lex*. Le diseur de droit, théoriquement, ne crée pas la *lex*, il ne fait qu'enregistrer du droit pré-existant en attribuant ses décisions à une puissance obscure et mystérieuse qui lui dicte ses arrêts : la divinité, puis la *lex*.

Cette fiction s'explique par le caractère sacré du droit primitif. Le jugement a commencé par être rendu par Dieu lui-même, puis par le prêtre au nom de Dieu. Le jugement divinatoire est, en effet, le premier que nous voyons apparaître dans l'histoire des sociétés. C'est celui qui passe, aux yeux des hommes, pour être rendu par la divinité : c'est un oracle judiciaire. A cette époque, l'activité créatrice du prêtre est la seule réelle : le prêtre et le peuple attribuent pourtant à la divinité la sentence. L'homme est incapable de créer du droit, il n'a pas assez d'autorité et préfère invoquer la volonté de Dieu pour justifier ses décisions. Plus tard, quand le droit se laïcise, le procédé subsiste. C'est ainsi que le juge anglais ou même notre juge moderne, même quand ils font œuvre créatrice, invoquent toujours l'application d'une loi pré-existante. Cette tendance à dissimuler les innovations est au fond de la nature humaine : les changements sont lents à s'opérer et on les accepte d'autant mieux

qu'il y introduit au préalable, le diseur de droit attribue à la coutume, à la *lex* les décisions qu'il prend lui-même, en opérant la transmutation du sentiment juridique en normes.

qu'ils ont davantage l'air d'être la continuation de l'état de choses existant ¹.

SECTION II. — LES EFFETS DES « IUDICIA ».

Le *iudicium* se présente comme la révélation de la *lex* sur la question. Seulement cette révélation peut être, chez le diseur de droit, spontanée ou sollicitée et constituer des jugements abstraits ou des jugements concrets. Il en résulte que le *iudicium* a des effets différents selon qu'il est concret ou abstrait, bien que déjà, en raison de sa nature, il produise des effets communs. Nous le verrons en examinant les ressemblances et les différences des *iudicia* concrets et abstraits.

1° *Ressemblances des « iudicia » concrets et abstraits.* — Les *iudicia*, qu'ils soient concrets ou abstraits, sont, à raison de leur nature, des cas de révélation de la vérité. A ce titre ils créent des précédents.

Dans la phase où la religion et le droit se confondent, le jugement divinatoire apparaît comme l'expression de la volonté de la divinité. Toute question est une question nouvelle et reçoit sa solution de la divinité. Les jugements divinatoires sont d'abord ren-

¹ Nous nous hâtons de dire que, quel que soit son caractère, la coutume procède de la même manière. Religieux ou laïque, elle étend son domaine lentement, insensiblement. Ses créations se présentent seulement comme des interprétations d'un prétendu droit existant. Ce n'est donc pas le caractère religieux du droit qui détermine exclusivement cette manière de procéder. En Angleterre, où la coutume est laïque, le droit coutumier se développe au moyen de la même fiction.

dus isolément, sans rapport entre eux. Peu à peu se réalise un progrès. Le fait seul d'assister à ces décisions a amené les prêtres à comparer les jugements et leur a permis de reconnaître l'élément permanent de ces décisions. Aussi, quand une affaire semblable à des affaires précédentes se présentait, le prêtre ne consultait plus le dieu et peu à peu le prêtre est amené à juger tout seul. C'est alors l'apparition du jugement sur précédent à côté du jugement divinatoire. Le même phénomène se passe dans la coutume laïque : la *common law* anglaise est une série de précédents. C'est que le juge, une fois qu'il a examiné un procès et a donné la solution, ne tient pas à recommencer indéfiniment le même travail quand des affaires semblables se présentent à lui.

Le jugement sur précédent est une conséquence du jugement divinatoire : on ne peut, en effet, soupçonner la divinité de varier. L'autorité de ce jugement primitif est absolue : elle s'impose non seulement aux parties en cause, mais à toutes les personnes qui se présenteront plus tard dans les mêmes conditions. Il en est de même dans la coutume laïque, le jugement créateur fait inévitablement précédent parce qu'il est considéré comme la révélation de la vérité.

La sentence rendue ne prouve pas seulement la *lex*, elle la fixe pour toujours, elle survit aux circonstances qui l'ont justifiée. De là de graves inconvénients. En Angleterre, la *common law* a des règles qui proviennent de la société féodale et qui, par conséquent, ne sont plus de mise dans la société contemporaine.

Il en résulte une opposition entre le droit officiel et les mœurs¹. Le chancelier est intervenu pour tempérer les iniquités du droit strict. Mais cette jurisprudence plus moderne, connue sous le nom de *l'equity*, a été entravée à son tour par la superstition du cas. Aussi, sans l'intervention du pouvoir législatif, l'éloignement entre les mœurs et la Jurisprudence du chancelier, *l'equity*, eût sans doute provoqué, dans la pratique, la formation d'un nouveau système juridique destiné à corriger les erreurs de *l'equity*². Le droit révélé se fige en quelque sorte, et, par suite de la persistance de son autorité indéfinie, maintient la morale des siècles passés ainsi que les normes qui ne sont plus en harmonie avec le temps actuel³.

¹ La décision du juge anglais conserve indéfiniment sa valeur. Cf. Summer-Maine (*Ancient law, its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*, traduction française Courcelle-Seneuil, 1874, pp. 26-33 ; Blackstone (*Commentaries on the law of England*, traduction française Chompré, 1822, I, p. 104. 105. 107). *L'equity* anglaise doit son apparition au caractère perpétuel de la coutume. Ce n'est pas là une particularité au droit anglais. Le droit romain a connu à côté du *jus civile*, vieille coutume traditionnelle, le *jus praetorium*. Le droit franc, à son tour, a connu peu à peu à côté de la *lex primitive (lex salica)* le *capitulum*, droit royal fondé sur le droit de ban du roi. Un temps vient où le caractère perpétuel de la coutume est une entrave qui nécessite une autre forme de création du droit.

² Summer-Maine, *Ancient law*, traduction française Courcelle-Seneuil, p. 66 et suiv.

³ M. Gény (*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1919, II, p. 364, n. 2) adresse des objections à ceux qui prétendent que le droit coutumier a pour organe la Jurisprudence. L'éminent civiliste déclare notamment que la Jurisprudence n'est pas une source de droit, puisqu'elle ne fournit aucun appui à l'interprète, c'est-à-dire au juge, qui se trouve devant un fait nouveau,

Enfin le droit qui résultera de ces cas de droit sera nécessairement fragmentaire. Seuls les cas qui ont

devant un cas vraiment nouveau. Renvoyé à ses propres décisions antérieures, le juge n'a en réalité aucune base pour apporter une solution nouvelle. Cette objection n'est nullement décisive. Il faut d'abord, à notre avis, distinguer deux alternatives : ou bien le cas soumis au juge est un nouveau cas ou bien il est un cas vraiment nouveau. Si le juge se trouve en présence d'un nouveau cas, il n'y a pas de difficulté : la décision du juge sera semblable à la sentence antérieure (surtout en Angleterre où un seul précédent fixe la Jurisprudence indéfiniment), elle sera l'application réitérée du précédent. Si le juge, au contraire, est en présence d'un fait vraiment nouveau — c'est l'hypothèse de M. Génv — la sentence du juge sera purement créatrice de droit. Dans cette éventualité, il faut éviter de confondre la création du droit avec la fiction dont se pare la création du droit. Que fait, en effet, le juge saisi d'un cas vraiment nouveau ? Il invente, il crée le droit en transmutant le sentiment juridique en normes, en cristallisant sur ce point le sentiment juridique : voilà la réalité. Mais officiellement il découvre dans des précédents, imaginaires pour la question posée, — qui par définition est entièrement nouvelle — la décision à rendre dans le procès, il interprète un droit préexistant et invoque ce prétendu droit préexistant pour trancher le cas soumis à son appréciation : voilà la fiction. Faisons appel aux faits plutôt qu'au raisonnement *a priori* et prenons pour exemple une construction jurisprudentielle moderne : les assurances terrestres. Si nous lisons nos répertoires de Jurisprudence sur la question, nous sommes tentés de croire que le Code civil renferme de nombreuses dispositions sur les assurances; tellement les tribunaux se présentent, dans cette œuvre essentiellement créatrice et constructive, comme les simples interprètes des articles du Code civil. Or, quand nous ouvrons notre Code civil, nous constatons que les assurances ne sont réglementées nulle part. Comment en serait-il autrement ? Les assurances, il est bon de le rappeler, sont nées postérieurement à la promulgation du Code civil. Le juge crée le droit. Ce phénomène s'aperçoit plus nettement encore quand la législation n'existe pas encore chez les peuples primitifs. L'arbitre invente le droit, il cristallise le sentiment juridique devant le peuple; il ne s'inspire d'aucune législation — qui par définition n'est pas encore connue —. Officiellement il aura l'air cependant d'appliquer une prétendue *lex*

reçu déjà leur solution font loi pour l'avenir et seulement en vue des mêmes cas. Il n'y a pas de règles :

préexistante, d'interpréter la volonté des dieux ou les mœurs du peuple. Il faut donc admettre la création du droit par voie indirecte (jurisprudence) comme la création du droit par voie directe (législation). — M. Gény oppose encore trois objections à ceux qui prétendent que le droit, loin de se dégager spontanément, a besoin de l'effort de l'homme et que la Jurisprudence est l'organe du droit coutumier. Pour ce savant, on nuit à la précision technique des sources du droit; on revient inutilement aux temps des devins; on admet *a priori* qu'il est légitime de transformer le fait en droit. Ces trois objections n'ont pas, à nos yeux, la portée que cet auteur leur attribue. Ce n'est pas nuire à la précision technique des sources du droit que d'analyser, dans les milieux coutumiers, la notion de droit. C'est la meilleure méthode, croyons-nous, pour étudier la coutume juridique : celle qui consiste à examiner dans un milieu où la législation n'est pas encore connue cette coutume juridique, à propos de laquelle tant de controverses s'élèvent. L'histoire a la légitime ambition de départager ceux qui font appel au seul raisonnement pour caractériser l'idée de coutume. Si l'histoire nous apprend que les milieux coutumiers ont une notion de la coutume, différente de celle des auteurs modernes, il ne faudra pas s'en plaindre. C'est, à coup sûr, l'histoire qui, basée sur des faits, l'emportera sur les théories des auteurs. Prétendre qu'on revient inutilement aux temps des devins n'est pas non plus un argument décisif. Le passé ne ressemble pas au présent. La notion de droit et les organes du droit ont nécessairement varié au cours des siècles avant de se fixer sous leur forme moderne. Or, autrefois le juge n'était que le diseur de droit. Le juge n'avait pas la force publique à sa disposition pour faire respecter sa sentence. Notre notion de l'autorité publique est loin d'avoir toujours existé. L'idée de sanction par une autorité supérieure à celle des individus est devenue inhérente à l'idée moderne du droit : elle n'existait pas primitivement entre individus, pas plus que de nos jours entre Etats modernes. La création d'un Conseil de la Société des Nations contient le germe de l'idée de sanction supérieure aux Etats : ce n'est pas encore la sanction elle-même. Enfin accuser ceux qui considèrent la Jurisprudence comme étant l'organe du droit coutumier d'avoir la prétention de soutenir qu'il est légitime de transformer le fait en droit, n'est pas non plus un argument qui puisse

il n'y a que des cas de droit. La règle s'oppose à l'accidentel, au passager. Dire qu'une chose existe à l'état de règle, c'est dire qu'elle se répétera indéfiniment. La règle juridique n'est que le droit existant d'une manière permanente et s'appliquant à tous les conflits pareils. Pour trouver la règle, il faut isoler, dans chaque litige, les circonstances de fait qui donnent un caractère particulier au conflit pour ne tenir compte que des qualités de nature à se représenter un grand nombre de fois. Il faut substituer aux individus en

ébranler notre conviction. On ne soutient pas qu'il est légitime ou non de transformer le fait en droit. On constate que l'on a statué par cas avant de statuer par règles. Il a fallu d'abord mettre fin aux procès déclarés : la sentence a été rendue sur un cas, sur un procès. De ces cas de procès résolus s'est dégagée peu à peu l'idée de norme. Qu'y a-t-il d'étonnant ? Les sciences physiques ne procèdent guère autrement. Il est tout naturel d'appliquer la même solution à un cas identique aux cas déjà tranchés. De cette manière on arrive à l'idée de règle. L'autorité reconnue au cas anglais ou à notre Jurisprudence n'exclut point d'ailleurs l'idée d'un pouvoir essentiellement créateur chez le juge qui est saisi d'un fait nouveau. La Jurisprudence moderne a elle aussi sa *pars translaticia* et sa *pars nova*. Ainsi le cas conduit peu à peu à la règle. Cette idée trouve sa confirmation dans l'autre mode de production juridique, de création plus récente. Quand on a songé non plus seulement à mettre fin aux procès déclarés, mais encore à prévenir ces procès, on a prévu d'abord par cas de loi avant de prévoir par règles (jugements abstraits sont apparus avant la règle générale). Et cette prévision par cas s'est faite dans l'assemblée judiciaire, qui avait jusqu'alors la mission exclusive de trancher les conflits déclarés. Prévision et remède finirent ensuite par devenir ici deux sources distinctes du droit et eurent chacune leur organe : le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire. La conclusion pratique de ces réflexions nous laisse entrevoir la manière suivant laquelle le droit international public pourra se constituer progressivement. Il faudra d'abord créer un tribunal international avant de créer un parlement international.

cause des êtres abstraits. Or, pour cela, un développement intellectuel très avancé est nécessaire et les sociétés primitives ne sont pas capables de dégager cette règle.

Le droit qui naît de la Jurisprudence est alors essentiellement contradictoire. Tel cas a été résolu autrefois, tel autre, bien que voisin, sera résolu différemment. Les solutions apportées seront d'âge différent et refléteront le milieu social où elles ont été respectivement rendues.

Le concept de règle sera très lent à se dégager de tous ces cas de droit. Le jugement sur précédent devient, avec le temps, prépondérant. Au fur et à mesure que les dieux tranchent les questions nouvelles dans les jugements divinatoires, le jugement sur précédent deviendra de plus en plus fréquent. Mais le jugement divinatoire n'arrive à faire précédent qu'autant qu'il arrive à être connu, et pour cela on emploie les adages. Dans ces adages on laissera de côté les questions de personne. A l'origine, c'est un moyen de mémoire : il faudra retrouver les décisions juridiques intervenues pour faire prévaloir l'adage. Ce n'est que si l'on rapporte les décisions judiciaires qui servent de base à l'adage que celui-ci aura de la valeur. Puis on arrive à faire un pas de plus : on oublie les décisions, l'adage conquiert une valeur propre. On n'a plus besoin de retrouver les décisions judiciaires qui lui ont donné naissance. C'est alors qu'apparaît la règle. Mais la règle se dégage après coup des décisions judiciaires par cas.

Ainsi les *iudicia* sont l'expression d'une religion révélée par cas. Tous les effets des *iudicia* dérivent de cette idée fondamentale. Cette absence de révélations par règles convient aux peuples primitifs qui ont dû connaître la sentence avant la législation, le cas avant la règle, les éléments concrets avant les concepts abstraits. Nous arrivons ainsi tout naturellement à trouver là une explication de l'existence préalable de la coutume par rapport à la législation, phénomène attesté chez tous les peuples primitifs, et une confirmation de l'assimilation de la coutume à la Jurisprudence.

2° *Différences entre les « iudicia » concrets et les « iudicia » abstraits.* — Les *iudicia* abstraits et les *iudicia* concrets ont entre eux des différences qui proviennent toutes de ce que les jugements concrets supposent des procès réels et les jugements abstraits prévoient des procès futurs.

Les *iudicia* abstraits présentent alors sur les *iudicia* concrets une incontestable supériorité. Sans doute, ce sont comme les *iudicia* concrets des révélations de *lex* par cas, mais ces révélations, au lieu d'être subordonnées à l'existence réelle d'un procès, ne dépendent plus que de l'imagination du diseur de droit. Bien loin d'être sollicitées, les sentences abstraites sont spontanées.

La *lex* se fixe bien plus rapidement. Tandis que, pour s'enrichir d'une décision nouvelle, la *lex* en était réduite à attendre un procès et un procès nouveau,

désormais elle créera du droit sans qu'un procès soit nécessaire. La multiplicité des cas de droit est pour ainsi dire à la merci du diseur de droit.

Le diseur de droit fait appel à l'hypothèse, il prévoit les cas de procès futurs et annonce leur solution d'avance. Désormais, grâce au germe vigoureux de l'hypothèse, le droit a directement un effet préventif. Plus n'est besoin d'un procès pour résoudre un cas de droit; l'expérience n'est plus indispensable, le droit n'a plus seulement un effet curatif comme dans le jugement concret. C'est qu'au lieu de suivre les faits, le jugement abstrait les précède.

Le *iudicium* abstrait est un acheminement vers le concept abstrait de règle. Le diseur de droit, à propos d'un cas litigieux, examinera toute la classe des questions supposées qui se rattachent à celles en discussion. Sa réponse considérera les circonstances de la cause comme gouvernées par un grand principe qu'il ne pourra pas encore exprimer parce qu'il ne s'assimile pas encore les idées abstraites avec une netteté suffisante. Mais on approche du moment où la règle sera dégagée et embrassera tous les cas susceptibles de se ramener à son application.

Evidemment le *iudicium* abstrait a, par contre, certains défauts par rapport au *iudicium* concret. Le diseur de droit n'étant plus guidé par les procès, risquera d'émettre des sentences qui ne trouveront jamais à s'appliquer et d'omettre des sentences qui seraient au contraire indispensables. Dans le premier cas, le remède sera vite trouvé. Les sentences idéales

tomberont dans l'oubli. Dans le second cas, le jeu du jugement concret réparera l'erreur. Mais ce sont là des inconvénients inhérents à tout système juridique où l'hypothèse entre en ligne de compte et notamment à la législation qui, elle aussi, peut émettre des prévisions fausses ou insuffisantes.

L'apparition du jugement abstrait sous les formes anciennes du jugement concret constitue incontestablement un progrès. Sans doute, extérieurement et par leur mode d'établissement, jugement concret et jugement abstrait sont pareils. Mais le jugement abstrait contient en plus un germe nouveau, l'hypothèse, qui devra conduire à l'étape supérieure de la législation, au concept de la règle générale. Nous avons là encore la preuve que les concepts nouveaux n'apparaissent tout d'abord que sous le masque des concepts anciens, auxquels ils succèdent.

CHAPITRE V

Nature de la « *lex salica* ».

Si l'on examine la *lex salica* elle-même, on aboutit à des conclusions en tous points semblables à celles que nous tirons des prologues. Bien loin de présenter le caractère réfléchi de la législation, la *lex salica* nous apparaît comme étant l'œuvre de la *laghsaga*, c'est-à-dire de la révélation judiciaire orale par le diseur de droit. Trois arguments militent en faveur de cette conception et excluent tous, mais à des degrés inégaux, l'hypothèse de la nature législative de la *lex salica*. D'abord l'étude externe de la *lex salica* nous fait soupçonner l'existence d'une tradition juridique orale, qui a été, sans caractère officiel, mise peu à peu par écrit. Ensuite l'étude interne nous démontre que nous sommes en présence d'une simple juxtaposition de cas de loi, révélés au cours des assemblées judiciaires successivement tenues. Enfin la diversité des opinions émises par les historiens, anciens et récents, sur la date de la *lex salica*, est une preuve de l'impossibilité toute naturelle de fixer une date à l'éclosion de chacune des décisions judiciaires, dont l'agglomération constitue la *lex*. Il nous suffira d'examiner chacune de ces trois preuves, l'une après l'autre.

SECTION I. — ETUDE EXTERNE DE LA « LEX SALICA ».

La *lex salica* nous est parvenue en un grand nombre de manuscrits fort différents les uns des autres. Malgré cette multiplicité et cette diversité de textes, nous ne possédons pas l'archétype. Ces deux traits caractéristiques s'expliquent aisément avec les données du prologue sur le caractère oral des révélations juridiques des diseurs de droit devant l'assemblée judiciaire. L'ancien droit scandinave, issu de la procédure de la *laghsaga*, nous indique précisément comment l'apparition des coutumiers se rattache directement au fonctionnement de la procédure orale de la conférence juridique.

§ I. — *Multiplicité et diversité des manuscrits.*

Nous avons environ soixante-dix manuscrits de la *lex salica*¹. Les plus anciens manuscrits datent de la fin du VIII^e siècle et sont dépourvus de tout caractère officiel. Si l'on confronte entre eux ces manuscrits, on constate une grande diversité. Des différences existent dans la répartition des titres : les uns renferment 65, d'autres 70, certains 80, plusieurs enfin ont 99 titres. A l'intérieur de chaque titre la disposition des matières varie avec les manuscrits. Enfin la langue est vulgaire, barbare dans certains textes, plus correcte et plus moderne dans d'autres.

¹ Brissaud, *Cours d'histoire générale du droit français public et privé*, I, Paris, 1904, p. 84.

Malgré cette diversité, les manuscrits de la *lex salica* ont entre eux une certaine parenté qui a permis d'établir des groupes de manuscrits ou, plus exactement, des familles de manuscrits. On entend par ces expressions l'ensemble de manuscrits copiés sur le même modèle. Pardessus, le célèbre historien, compte sept familles, Hessels douze. L'opinion généralement admise aujourd'hui distingue cinq familles très nettement indiquées : l'une a 65 titres, la deuxième en a le même nombre, mais avec des additions chrétiennes, la troisième est l'édition d'Héroid en 80 titres, la quatrième est de 99 titres : c'est le texte neustrien qui est, en réalité, plus court que le texte de 65 titres, enfin la cinquième renferme les manuscrits qui nous rapportent la *lex salica emendata* en 70 titres ¹.

Ces cinq textes sont de dates différentes. Le *Pactus*

¹ Le *Pactus* a 65 titres. Quatre manuscrits nous en rapportent la teneur : le premier est 4.404 (ancien fonds) de la Bibliothèque nationale de Paris ; il date du début du ix^e siècle ; c'est le texte I de Pardessus et de Hessels ; le deuxième est le manuscrit de Wolfenbüttel, il date de la seconde moitié du viii^e siècle : Pardessus l'a reproduit dans son premier appendice (Pardessus, *Loi salique*, 1843, p. 157). Hessels en a fait son deuxième texte ; le troisième est le manuscrit de Munich, il date de la fin du viii^e siècle, a été reproduit par Pardessus dans son second appendice, p. 195 ; il forme le troisième texte de Hessels ; le quatrième, enfin, est 9.653 de la Bibliothèque nationale de Paris, date du ix^e siècle, forme le texte II de Pardessus et le texte IV dans la collection de Hessels. — Le texte du *Pactus* en 65 titres avec additions est le texte III de Pardessus et porte les n^{os} 5 et 6 dans Hessels. — Le texte d'Héroid en 80 titres forme le texte X dans Hessels. — Le texte neustrien en 99 titres correspond au titre IV de Pardessus et forme le texte XI de Hessels. — Le texte de la *lex salica emendata* se trouve constituer le texte V de Pardessus et le texte XII de Hessels.

est le texte en 65 titres sans additions : il se caractérise par le double caractère de la coupure en 65 titres et de la présence des gloses malbergiques ¹. Le *Pactus* date du temps de Clovis probablement ; les textes intermédiaires sont du VI^e, VII^e et VIII^e siècle respectivement, enfin la *lex salica emendata* se rattache à la vaste enquête ordonnée par Charlemagne en 803 pour réviser le droit en vigueur. L'empereur a provoqué l'activité des discours de droit pour mettre par écrit les coutumes. Cette édition amendée donne de la *lex salica* une version plus longue que le *Pactus* : son latin est meilleur, son style plus clair, le fond du droit est parfois modernisé.

Cette pluralité des textes est intéressante par les divergences même de ces documents. On peut suivre l'évolution du droit salien jusqu'au temps de Charlemagne, depuis Clovis au moins. Un exemple nous fera saisir l'intérêt de la confrontation des cinq familles :

De terra vero nulla in muliere hereditas non per-

¹ Les gloses malbergiques peuvent être du celtique ou du tudesque. On se demande également quel pouvait en être l'usage. Ce n'est pas pour se faire comprendre des juges germaniques qu'on aurait incorporé des termes tudesques, car les copistes de l'époque franque ne les comprenaient plus. On ne peut hésiter qu'entre deux opinions : ou bien ces mots seraient la trace d'une ancienne rédaction en langue tudesque ou bien ces mots seraient des formules d'action, des mots plus ou moins magiques qui devaient être prononcés pour agir. Cf. Grimm (préface à *Lex salica*, Merkel, p. LXIV) ; Kern (*Lex salica*, Hessels) ; Waitz (*Das alte Recht der salischen Franken*, p. 24) ; Sohm (*La procédure de la lex salica*, traduction Thévenin, p. 162) ; Brissaud, *Cours*, I, p. 86.

tinebit sed ad virilem sexum qui fratres fuerint tota terra perteneat ¹.

D'après le *Pactus*, la succession immobilière est refusée aux femmes. La fille du défunt n'hérite pas; les fils, par contre, héritent. A défaut de fils, les *vicini* sont appelés. Postérieurement, l'*édit de Chilpéric* ² décide que désormais les filles viendront à défaut de fils, les frères du défunt à défaut des filles, les *vicini* enfin et seulement après les frères du défunt. Une troisième réglementation est faite dans la *lex salica emendata* qui stipule que les parents mâles jusqu'au cinquième degré recueilleront toujours la terre. Ainsi, les *vicini* sont progressivement écartés : la propriété collective du clan tend à s'effacer de plus en plus au profit de la propriété de famille.

§ II. — Absence d'archétype.

Il ne faudrait pas croire que nous ayons une codification de la *lex salica* dans le *Pactus* et des révisions successives dans les autres textes plus récents. Les cinq familles de textes ne dérivent pas les unes des autres.

Sans doute, le *Pactus* a l'air plus ancien en général. Ainsi, pour la succession aux meubles, la première que l'on puisse trouver dès le début des sociétés, le *Pactus* déclare ³ que, s'il n'y a pas de fils, les héri-

¹ LIX 5.

² Edit de Chilpéric est le cinquième capitulaire additionnel à la *lex salica*. Cf. *Hilperici regis edictum*, C. 3 (Behrend, p. 152).

³ LIX 1. 2. 3. 4.

tiers seront les suivants : *la mère du défunt*, à son défaut *les frères et sœurs du défunt*, à leur défaut *la tante maternelle*, enfin, si ces personnes font défaut, le plus proche parmi les descendants soit de la mère, soit des frères et sœurs, soit de la tante maternelle. Cette liste est certainement très ancienne : elle révèle incontestablement une préférence pour les parents par les femmes et a été invoquée à juste titre pour prouver l'existence ancienne du matriarcat chez les Francs Saliens, bien avant les invasions ¹.

Deux textes intermédiaires modifient la liste qu'ils ne comprennent plus de leur temps. Nous lisons ² : *la mère ou le père* ; les frères et sœurs ³, *la tante ma-*

¹ Brissaud (*Cours*, II, p. 1529, n. 2) déclare, au contraire, qu'il n'y a pas là du tout une preuve du matriarcat. On cite les parents maternels parce que seuls ils sont contestés. Il allait de soi que les parents paternels héritaient. Voilà comment on explique le silence gardé sur les parents paternels. Pourtant il est étonnant qu'après les parents individuellement nommés, on fasse appel au plus proche de leur descendance sans désigner au préalable les parents paternels. De plus, si la *lex salica* est une récitation orale des précédents judiciaires, on ne peut pas admettre que cette *lex salica* n'ait pas mentionné ceux dont la vocation était indiscutée. Un point cependant reste obscur même avec l'hypothèse du matriarcat. Comment ne dit-on rien de l'oncle maternel, personnage dont on parle dans tous les systèmes de matriarcat ? Mais tout s'explique à la pensée que le texte vise la succession d'un homme. Alors ou bien cet homme vit sous la tutelle d'un oncle maternel et ses biens restent avec ceux du tuteur ; ou bien cet homme vit à part et alors l'oncle maternel figure dans la catégorie des personnes appelées en bloc, c'est-à-dire dans les proches parents de la mère, des frères et sœurs, et de la tante maternelle.

² Cf. Behrend, *Lex salica*, p. 124, où les variantes des textes intermédiaires sont indiquées sous le texte du *Pactus*.

³ Ici les copistes n'ont pas besoin de modifier les mots. Les frères et sœurs s'entendent aussi bien des frères et sœurs consanguins que des frères et sœurs utérins.

ternelle, la tante *paternelle*, puis le plus proche parent du côté du père. Les copistes ajoutent ainsi les parents paternels à la liste précédente qui comprend toujours au premier plan les parents maternels. Enfin la *lex salica emendata*, datant de l'époque de Charlemagne, accentue l'évolution du côté des parents paternels qui, cette fois, passent avant les parents maternels. Nous lisons, en effet, le *père* et la *mère*, les frères et sœurs, la tante *paternelle* puis la tante *maternelle*, enfin le plus proche parent du côté du père.

Mais le *Pactus* ne peut pas se présenter comme le texte primitif de la *lex salica*. Il y a une édition plus ancienne que le *Pactus*. La preuve peut aisément être faite. Il suffit de comparer sur un point déterminé les cinq éditions de la *lex salica*; nous constatons, alors, que les textes intermédiaires font mention de dispositions plus archaïques encore que celles du *Pactus*¹. C'est le cas du titre consacré à la vieille procédure germanique *de chrenecruda*². Cette procédure est destinée à faire passer sur les proches parents le fardeau d'une composition trop élevée pour le débiteur. Le *Pactus* donne une liste déjà plus récente des parents sur qui l'obligation d'acquitter la composition pourra peser :

¹ Waitz, *Das alte Recht der salischen Franken*, Kiel, 1846, pp. 3-11; Merkel, *Lex salica*, Vorrede, pp. xciv et xcv. Sohm, *Die fränkische Reichs und Gerichtsverfassung*, Weimar, 1871, p. 41 et suiv. Les rapports entre les textes III et IV de Pardessus (texte en 65 titres avec additions et texte neustrien en 99 titres) sont minutieusement étudiés.

² LVIII cité ici d'après l'édition Hessels.

Quod si iam **pater** et fratres solserunt, tunc super suos debet illa terra iactare, id est super tres de generatione matris et super tres de generatione patris qui proximiores sunt.

Un texte intermédiaire ¹ indique, au contraire, une liste plus ancienne où seuls les parents maternels sont visés :

Quod si iam **mater** et frater solserit, tunc super sororem matris aut super suos filios debet de illa terra iactare, idem super tres de generatione matris sui qui proximiores sunt.

Ce dernier passage fait encore allusion au matriarcat qui existait chez les Francs : il rapporte une tradition très ancienne, car, dès avant les invasions, les Francs avaient déjà dû franchir l'étape du patriarcat. Quoi qu'il en soit, le *Pactus*, qui paraissait le texte le plus ancien sur la réglementation de la succession mobilière, reproduit au contraire, sur la procédure de la *chrenecruda*, une version postérieure à celle des textes intermédiaires postérieurs.

¹ C'est le texte III de Pardessus; les codices 5 et 6 de Hessels. D'autres textes ont des variantes et mêlent père et mère : c'est visible en comparant les éditions fournies par Hessels. C'est le cas du manuscrit de Wolfenbüttel, codex 2 de Hessels (père, génération de la mère) du manuscrit de Munich, codex 3 de Hessels (mère, génération du père) du texte de la *lex salica emendata*, des codices 7, 8, 9 (père ou mère, génération de la mère) du texte Hérold, codex 10 de Hessels (père ou mère, génération du père et de la mère). Cf. Fehr, *Über den Titel 58 der lex salica die chrene cruda*, Z. S. St., G. A., 1906, 27, pp. 151-172; Gierke, *Chrene cruda und Spatenrecht*, Z. S. St., G. A., 1907, 28, pp. 290-341.

La conclusion se dégage tout naturellement. Du moment où le *Pactus* apparaît comme plus récent que les textes intermédiaires, qui, sur d'autres points, présentent en général un caractère de plus fraîche date, il faut admettre qu'il a dû y avoir un texte écrit antérieur au *Pactus*, un archétype, dont nous sommes dépourvus, mais dont se sont inspirés les textes postérieurs, le *Pactus* comme les autres.

§ III. — *Confrontation de la « lex salica » avec les monuments de l'ancien droit scandinave.*

L'absence d'archétype, la multiplicité et la diversité des manuscrits renfermant la *lex salica* s'expliquent tout naturellement avec l'idée que la *lex salica* doit son origine à la procédure orale de la conférence judiciaire faite annuellement par le diseur de droit devant le peuple assemblé. Cette procédure de la conférence donne nécessairement lieu à des coutumiers, dépourvus de tout caractère officiel. C'est précisément ce que nous apprend l'étude des premiers monuments de l'ancien droit scandinave qui, nous le savons, sont sortis du mécanisme même de la *laghsaga*.

En Scandinavie ¹, l'apparition des premières rédactions écrites du droit a été le résultat de certains usa-

¹ Maurer, *Die Eingangsformel der altnordischen Rechts und Gesetzbücher*, dans *Sitzungsberichte der Münchener Akademie*, philos. classe, 1886; Beauchet, *Etude sur les sources du droit suédois jusqu'au XV^e siècle*, N. R. H., XIV, 1890, pp. 725-726. 732-733; Lambert, *Etudes de droit commun législatif*, p. 739 et suiv.

ges adoptés par le diseur de droit. Traditionnellement, ce personnage faisait chaque année sa conférence juridique. La forme dans laquelle avait lieu l'exposition du droit devait contribuer à en faciliter beaucoup la conservation dans la mémoire du peuple. Le diseur de droit employait des procédés mnémotechniques et même la forme du vers. Seulement les maximes deviennent rapidement nombreuses : il faut, en outre, expliquer leur sens. La prose se substitue à la poésie. Le diseur de droit qui, au début, exposait le droit d'après sa seule mémoire, dut en venir à écrire sa conférence en tout ou en partie et finalement à lire la *lex* d'après la rédaction composée par lui. Ces notes ne présentaient aucun caractère officiel; elles étaient de simples aide-mémoire. On aurait pu dire d'elles : *quasi memoriae scripta*. Elles furent conservées la plupart du temps. Il arriva même au diseur de droit de se procurer les notes de son prédécesseur, auxquelles il ajoutait les siennes propres. Le conférencier répandait parfois ses notes autour de lui : de là résulta naturellement l'apparition de manuscrits, dépourvus de tout caractère officiel, connus sous le nom de coutumiers.

Plusieurs traits attestent l'origine de ces livres. D'abord ces manuscrits sont généralement très nombreux et très différents les uns des autres. Sans doute, le fond est commun, mais la forme a des variantes. Ensuite la composition n'est pas ordonnée : la *lex* une fois écrite s'amplifie des révélations nouvelles, faites depuis sa mise par écrit. Les titres deviennent

de plus en plus nombreux, au fur et à mesure des éditions écrites successives de la *laghsaga*. Enfin et surtout le ton rythmique et oratoire des premiers coutumiers scandinaves est tout à fait caractéristique. Les formules initiales ou finales reproduisent le langage du conférencier parlant à l'assemblée. Les interpellations adressées de temps à autre aux auditeurs y sont conservées. Nous lisons dans une *lex* suédoise : « Maintenant votre *laghsaga* est terminée¹ ». Tous ces signes sont significatifs et révèlent la véritable nature des prétendus codes scandinaves. Ce sont simplement des mises par écrit de la conférence orale du diseur de droit pour rendre plus facile la mémoire des cas de droit.

Ainsi la première littérature juridique suédoise, norvégienne et islandaise, qui doit sa naissance à la rédaction écrite des conférences juridiques annuelles du diseur de droit, nous apprend comment la procédure orale de la *laghsaga* a peu à peu nécessité l'apparition de coutumiers. L'absence d'archétype, la multiplicité et la diversité des textes de la *lex salica*

¹ Beauchet, *loc. cit.*, p. 732. Cette phase de la rédaction privée a précédé celle de la rédaction officielle chez les peuples primitifs. C'est le cas pour les Scandinaves et pour les Francs Saliens. Le roi ne nomme pas encore les diseurs de droit avec mission de mettre par écrit officiellement la *lex* de leur pays. Chez nous, Charlemagne seulement a songé à la révision des coutumes des pays constituant l'empire franc. En Norvège et en Suède, le roi finit aussi, au fur et à mesure de l'accroissement de son autorité, par ordonner les révisions officielles ou les rédactions officielles des coutumes. Cf. Amira, *Grundriss*, pp. 58-59; Beauchet, *loc. cit.*, pp. 775-776 pour la Suède et Amira, *Grundriss*, pp. 65-66 pour la Norvège.

s'expliquent tout naturellement par l'idée d'une tradition juridique orale, tradition dont la mise par écrit, due d'abord au diseur de droit pour ses besoins personnels, s'est progressivement accélérée dans la suite sur l'initiative de simples particuliers ¹.

SECTION II. — ETUDE INTERNE DE LA « LEX SALICA ».

Les dispositions de la *lex salica* excluent l'hypothèse d'une législation salienne. On ne rencontre, en effet, aucun signe qui permette d'affirmer la nature législative de la *lex salica*. Tous les traits caractéristiques des documents jurisprudentiels se présentent, au contraire, dans cette coutume des Francs Saliens. Il n'y a pas de plan méthodique pour l'exposition générale de la *lex*; aucune règle générale n'existe dans la sanction des faits prévus; la coexistence de dispositions contradictoires sur le même sujet est typique; enfin de nombreuses et évidentes lacunes résultent de la nature fragmentaire du droit salien.

1° *Absence de plan méthodique.* — Les matières traitées dans la *lex salica* ne sont pas groupées dans une classification logique. Les notions, que nous distinguons de nos jours, en les répartissant dans le droit civil, dans le droit politique, criminel ou rural, dans la procédure civile ou criminelle, sont mêlées et confondues. C'est ce qui permet à Guizot de dire que

¹ Pour la ressemblance de la *lex salica* avec l'ancien droit scandinave (islandais, norvégien et suédois), cf. encore à d'autres points de vue, *suprà*, p. 57. 61.

si l'on écrivait, chacun à part, les articles de nos Codes, et qu'après les avoir mêlés dans une urne on les tirât successivement, l'ordre ainsi mis par hasard entre les matières ne différerait guère de leur arrangement dans la *lex salica* ¹.

Sans doute, un certain nombre de titres sont logiquement apparentés. Ainsi la *lex salica* commence par traiter de l'assignation devant le *mallum* ², puis elle étudie les divers cas de vols d'animaux ³, le cas de vol des récoltes d'autrui ⁴, le cas de vol de meubles et d'esclaves ⁵. A deux reprises les soustractions frauduleuses sont réglementées dans deux dispositions distinctes ⁶. Le meurtre de l'homme libre de naissance est prévu dans trois articles qui se suivent ⁷. Le cas des témoins parjures ⁸ est placé à côté de celui des témoins récalcitrants. La promesse d'exécuter le jugement et le fait pour le plaideur d'affirmer fausement que la promesse a été donnée sont traités ensemble ⁹. Le titre qui s'occupe des avantages du lien de parenté précède celui qui décrit la procédure du dégage ment de ces liens ¹⁰. Le refus du plaideur d'exé-

¹ Guizot, *Histoire de la civilisation en France depuis la chute de l'Empire romain*, 13^e édit., Paris, 1874, p. 270.

² I.

³ II-VIII.

⁴ IX.

⁵ X-XII.

⁶ XXI, XXII et XXVII, XXVIII.

⁷ XLI, XLII, XLIII.

⁸ XLVIII, XLIX.

⁹ L, LI.

¹⁰ LIX, LX.

cuter le jugement et le refus du rachimbourg de dire le droit sont exposés dans deux titres placés l'un à côté de l'autre ¹.

Mais il n'y a pas là un plan méthodique. Les matières se suivent sans être appelées les unes les autres. Nous avons en outre des textes isolés qui traitent des questions les plus diverses. L'affranchissement des lites d'autrui, la saisie illégale, l'arrestation arbitraire, les entraves apportées à la circulation des routes, l'épreuve de l'eau bouillante, l'homicide commis par un animal, l'établissement sur le sol d'un village sans le consentement des habitants de ce village : voilà entre autres des questions très différentes les unes des autres et qui pourtant trouvent bon gré mal gré leur place dans la *lex salica*.

Somme toute, l'arrangement rationnel fait défaut : les idées générales, qui seules permettent une classification rationnelle, n'existent pas. Les titres se succèdent sans lien entre eux. C'est une juxtaposition de titres, ce n'est pas une composition.

2° *Absence de préceptes généraux : les cas de loi.* —

Les dispositions de la *lex salica* n'évoquent point l'idée d'une règle générale. Les tarifs de composition dominant. Vingt-trois titres, par exemple, concernent le vol ²; dix ont trait au meurtre, aux mutilations ou

¹ LVI, LVII.

² II, III, IV, V, VI, VII, VIII, X, XI, XII, XIV, XXI, XXII, XXVII, XXVIII, XXXVII, XXXVIII, XXXIX, XL, XLVII, LV, LXI, LXV.

blessures¹; cinq visent l'incendie et le pillage des propriétés d'autrui²; quatre traitent du rapt et des délits contre les mœurs³; quatre se rapportent aux ajournements, refus de comparaître, déni de justice, refus d'exécuter le jugement⁴; trois indiquent le paiement et la répartition des amendes⁵; deux punissent les témoins récalcitrants et les témoins parjures⁶; deux autres répriment les injures⁷. Or ce qui frappe l'esprit le moins averti, c'est l'absence de tout travail de généralisation pour ramener les délits à des caractères communs et simples.

La coutume ne combine rien : elle est sous l'empire d'une nécessité pressante, elle prend pour ainsi dire sur le fait chaque action et chaque cas de vol ou de violence pour infliger une peine. La *lex salica* ne sait rien de plus qu'ajouter un nouvel article partout où se commet un délit tant soit peu différent de ceux qu'elle avait frappés déjà⁸. On ne trouve aucun précepte juridique : on rencontre une liste de cas de droit

¹ XV, XVII, XXIV, XXIX, XXXV, XLI, XLII, XLIII, LIV, LXIII.

² IX, XVI, XXIII, XXXIV, XXXVI.

³ XIII, XV, XX, XXV.

⁴ I, L, LVI, LVII.

⁵ LVIII, LX, LXII.

⁶ XLVIII, XLIX.

⁷ XXX, LXIV.

⁸ Guizot, *op. cit.*, pp. 268-270. Du reste l'expression *hoc convenit observare* est souvent employée pour étendre à un cas voisin la décision prise en vue d'un cas déterminé. Qu'y a-t-il d'étonnant avec le mécanisme du jugement abstrait. (Cf. II 6; IV 3; VIII 2, par exemple.)

avec la solution que ces cas comportent. Ainsi le vol d'animaux donne lieu à de nombreux articles : si l'animal volé est un cochon, ou un cheval, ou un taureau, on aura un cas différent chaque fois. Si c'est un bœuf ou une vache, si ce sont des brebis ou des chèvres, si ce sont des chiens ou bien des oiseaux, ou bien encore des abeilles, il y aura une disposition spéciale qui s'appliquera. Du reste, la peine varie chaque fois selon l'âge, le sexe et le nombre des animaux volés, le lieu et l'époque du vol. Tout s'explique avec l'idée que la *lex salica* est une énumération des divers cas de procès et des solutions données à propos de chacun d'eux par le diseur de droit avec l'assentiment de l'assemblée judiciaire.

3° *Juxtaposition de cas de loi contradictoires.* —

La présence de dispositions contradictoires, inconciliables, achève de donner à la *lex salica* son véritable caractère. Le texte Hérold ¹, par exemple, contient deux peines différentes pour le même délit. Celui qui dépouille un homme mort avant qu'on l'ait mis en terre, déclare ce texte, sera condamné à payer 1.800 deniers qui font 45 sous, et, d'après une autre sentence (*in alia sententia*), 2.500 deniers qui font 62 sous et demi. Les termes *in alia sententia* trahissent l'origine incontestablement judiciaire de la disposition. Or, ces deux peines n'ont pu s'appliquer en même temps. Il y a dû nécessairement avoir un intervalle de temps dans l'application des deux sentences.

¹ XVII, 5, qui correspond à XIV, 8, du *Pactus* (d'après l'édition Hessels).

D'autre part, la version du *Pactus* lui-même n'est pas d'une homogénéité parfaite. Au titre des successions, il signale¹ comme héritiers pour les meubles une liste qui s'accorde avec le système du matriarcat : seuls les parents maternels, à l'exclusion des parents paternels, sont désignés. Au contraire, le titre précédent², à propos de la cérémonie du dégagement des liens de famille, donne une liste de personnes qui suppose, en pratique, le fonctionnement du patriarcat. Les parents maternels sont passés sous silence ou sont relégués à la fin. Pourtant des années ont dû se passer avant que le matriarcat cède la place au patriarcat. Il est impossible de croire à l'application simultanée de ces titres : l'état social auquel ces titres correspondent n'est pas le même.

Ces contradictions, ces dispositions inconciliables s'expliquent avec le mécanisme judiciaire de la coutume. Il y a eu plusieurs stades dans la formation du droit. Cela est tout naturel avec la *laghsaga* : le diseur de droit ajoute aux coutumes anciennes, sans les supprimer, des adages nouveaux. La *pars nova* se tient à côté de la *pars translacia*³.

4° *Lacunes de la « lex salica »*. — Enfin, comme

¹ LIX. D'ailleurs le texte III de Pardessus a, lui aussi, des doublets : il n'est pas homogène. Cf. Sohm, *Die fränkische Reichs und Gerichtsverfassung*, Weimar, 1891, p. 41 et suiv.

² LVIII.

³ Cette coexistence de décisions contradictoires est la preuve formelle que la *lex salica* n'a pas vu le jour à une date déterminée, mais s'est constituée pièce par pièce, à la manière de l'édit du préteur.

tout système jurisprudentiel, la *lex salica* ne constitue pas un système juridique complet. Ses dispositions fragmentaires laissent de côté des cas de droit qui, semble-t-il, auraient pu se poser d'un instant à l'autre, étant donné la relation intime de ces cas avec ceux qui étaient déjà sanctionnés. Ainsi le cas du maître défaillant et responsable d'un délit commis par son esclave est prévu, alors qu'on ne dit rien du délit de l'homme libre en état de contumace¹. On vise le cas du défaillant qui refuse d'aller au *mallum* et on ne se soucie pas de l'individu qui, après avoir comparu au *mallum*, refuse de se conformer à la sentence du roi². On punit le meurtre d'un esclave et on omet de dire ce qu'on fera de celui qui a tué le roi³. Le fait de presser la main ou le bras d'une femme libre est réprimé, alors que les faits ignominieux, déjà flétris par Tacite, sont laissés de côté⁴. Le vol commis par un ingénu hors de l'habitation est puni, celui qui est commis à l'intérieur de la maison n'est pas mentionné⁵. Voler une vache pleine est un fait prévu : le vol d'une autre vache est resté hors des prévisions⁶.

Ces constatations peuvent nous étonner, nous, modernes, si l'on considère la *lex salica* comme une loi; elles sont cependant tout à fait naturelles dans un

¹ XL.

² LVI.

³ XXXV.

⁴ XX et Tacite, *Germ.*, c. XII.

⁵ XI.

⁶ III.

document jurisprudentiel. Les décisions judiciaires se distinguent des lois : elles attendent que les cas de procès se posent pour présenter une solution, elles suivent les faits et ne les précèdent pas. Sans doute, les jugements abstraits, en suscitant des cas nouveaux, allongent la liste des précédents : mais ils édictent eux aussi des cas de loi et non des règles générales. C'est pourquoi les cas voisins de ceux qui sont examinés ne sont pas tous prévus. Les lacunes sont essentiellement le lot de tout système judiciaire.

L'étude interne de la *lex salica* est nettement convaincante : elle prouve, mieux encore que l'aspect externe de cette *lex*, que l'on ne peut vraiment tenter aucune assimilation entre la *lex salica* et l'idée d'une codification officielle. C'est du mécanisme de la révélation judiciaire de cas de droit qu'est née la coutume salienne. Cette conclusion corrobore exactement les données du prologue.

SECTION III. — LA QUESTION DE LA DATE DE LA

« LEX SALICA ».

Le dernier argument, également décisif, en faveur de la nature judiciaire de la *lex salica* provient de l'impossibilité de fixer une date quelconque à l'établissement de la *lex salica*. Les historiens, absolument convaincus que la *lex salica* a été émise officiellement par un pouvoir législatif, s'évertuent à résoudre la question de la date de la *lex salica*. Or la stérilité de leurs efforts ou la contradiction de leurs conclusions

prouve que les historiens poursuivent la solution d'un problème impossible à résoudre. Leurs conceptions de la *lex salica* les amènent à faire de la date de la *lex salica* une question, alors que cette question n'a même pas à être posée.

§ I. — *Diversité des opinions émises sur la date de la « lex salica ».*

Les historiens, malgré les nuances infinies qui les séparent, peuvent se répartir en trois groupes. Les uns estiment que la date de la *lex salica* est antérieure à Clovis, les autres croient qu'elle concorde avec son règne, d'autres enfin prétendent qu'elle est nettement postérieure à Clovis.

En premier lieu, nous trouvons ceux qui placent la date de la *lex salica* avant Clovis. Ils sont loin de s'entendre sur le lieu et sur l'époque de la rédaction. Le Rhin puis la Belgique sont tour à tour les endroits désignés, et naturellement la date varie avec l'indication du lieu : car les Francs sont venus de Germanie.

Guizot¹, par exemple, représente l'opinion de ceux qui croient pouvoir attribuer l'époque de la rédaction de la *lex salica* au temps où les Francs étaient encore sur les bords du Rhin. Le petit prologue renferme une proposition suggestive à cet égard; il déclare que la *lex salica* a été révélée dans des endroits qui se trou-

¹ Guizot, *Histoire de la civilisation en France depuis la chute de l'Empire romain*, 13^e édit., Paris, 1874, p. 268.

vent *ultra Renum* ¹. Sans doute, cette expression ne signifie pas nécessairement que le pays était en Germanie, car la rive gauche du Rhin ou la rive droite de ce fleuve ne sont pas précisées et la position de celui qui nous rapporte les mots *ultra Renum* n'est pas non plus indiquée ². Mais on peut tout au moins admettre que les Francs, à cette époque, se trouvaient sur les bords du Rhin. Or ce renseignement coïncide avec les données du prologue sur la civilisation païenne et l'absence d'une royauté nettement constituée chez les Francs Saliens ³.

Mais cette opinion ne tient pas compte des indications fournies par la *lex salica* elle-même sur l'existence de la royauté mentionnée dans plusieurs passages ⁴, ni sur la présence des Gallo-Romains à côté des Saliens ⁵.

Aussi une autre opinion, représentée notamment par Thonissen et Fahlbeck, soutient-elle que la *lex salica* date d'une époque où la royauté existait déjà

¹ Deuxième prologue : in villis que ultra Renum sunt.

² Laferrière, *Histoire du droit français*, III, p. 89, en note; ainsi le premier prologue : *Gens Francorum*... signale le pouvoir du peuple qui n'est du reste pas incompatible avec l'existence d'un roi de tribu. D'autre part, le même prologue dit : *gens.. dum barbara* à propos du paganisme des Francs Saliens primitifs.

³ Le jugement *ad* ou *ante regem* dans XVIII, XXVI, XLVI, LVI, *ad regis praesentiam* dans LVI, *tunc rex ...extra sermonem suum ponat eum* dans LVI.

⁴ XLI.

⁵ Thonissen, *L'organisation judiciaire*, p. 6 et suiv. Fahlbeck, *La royauté et le droit royal francs*, pp. 250-293. Waitz, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, I, pp. 119-135. 88.

chez les Saliens. Les arguments présentés sont tirés à la fois des prologues et de la *lex* elle-même.

La *lex* nous prouve que sa rédaction est antérieure à 486. Plusieurs de ses dispositions nous l'indiquent. D'abord les Francs n'étaient pas encore convertis au christianisme : de nombreux passages attestent le paganisme¹; on ne trouve aucune allusion à la religion catholique. Or Clovis s'est converti en 496. De plus, l'organisation judiciaire franque n'était pas encore réalisée. Le *thunginus* salien est président; le *comes* ou *grafio* ne l'est pas encore. Or cette organisation a été faite en 486 : en tout cas, la *lex salica*, qui se place avant la réalisation de cette réforme, ne peut pas avoir été rédigée après 486².

Le prologue s'accorde avec les données de la *lex* pour préciser que la *lex salica* existait avant Clovis. On déclare, en effet, que Clovis, Childebert et Clotaire ont amendé la *lex salica* après la conversion de Clovis au christianisme³. C'est dire que des additions ont

¹ Le paganisme est attesté surtout par la rubrique des *codices* 7. 8. 9 de l'édition de Hessels au titre XCVIII : « *de creneocruda quod paganorum tempus obseruabant* », par l'expression *maiale votivo* du titre II, 12. 13 (édition Behrend, p. 5. 6) et par un fragment mérovingien ajouté au manuscrit de Leyde et cité dans l'édition Behrend, p. 139 en note du c. 4 du deuxième capitulaire additionnel à la *lex salica* : « *quando illi composuerunt non erant christiani* ».

² C. I c. 7 *in mallo iudici hoc est comite aut grafione*; c. 9 *iudex hoc est comis aut grafio* (Behrend, p. 133. 135). Ce premier capitulaire fait partie des additions de Clovis à la *lex salica*.

³ At ubi Deo favente rex Francorum Chlodoveus... recepit catholicam baptismum et quod minus in pactum habebatur idoneo per proconsolis regis Chlodovehi et Hildeberti et Chlotarii fuit lucidius emendatum.

été faites à un texte originaire datant d'avant Clovis. D'autre part, la rédaction de la *lex* est attribuée à quatre hommes élus par le peuple; le promoteur de cette rédaction est indiqué comme étant le peuple lui-même. Dans ces conditions, le prologue ne considère Clovis ni comme le rédacteur ni comme l'instigateur de la *lex salica* ¹. Du reste, les mots *Hec est enim gens quae fortis dum esset et valida* ². . . . supposent encore que ce sont des temps bien antérieurs à Clovis.

Le titre 47 de la *lex salica* permet de donner plus de précision et d'affirmer que sa rédaction a eu lieu en Belgique, à l'époque où régnait Clodion. Ce titre prévoit ³ le cas où un citoyen prétend être propriétaire d'un animal ou d'un esclave qu'il découvre en la possession d'autrui; il impose au revendiquant l'obligation de porter la cause devant les juges, puis déclare : « si l'homme qui reconnaît l'esclave ou l'animal et celui entre les mains de qui il est reconnu demeurent l'un et l'autre en deçà de la Legeris et de la Forêt de Charbonnière, ils paraîtront en justice après 40 nuits, mais si l'un d'eux demeure au delà de la Legeris ou de la Forêt de Charbonnière, le délai sera de 80 nuits ». Or Thonissen admet que la Legeris dont il est parlé n'est autre que la Lys ⁴. A ce moment la Lys était une

¹ Gens Francorum... dictaverunt salica lege per proceris ipsius gentis qui tunc tempore ejusdem aderant rectores electi de pluribus viris quattuor his nominibus...

² Grand prologue (Behrend, p. 171).

³ XLVII.

⁴ Thonissen croit pouvoir établir que la Legeris est la Lys, *op. cit.*, p. 8 et suiv.

frontière et la forêt séparait les Francs des autres tribus germaniques. La rédaction de la *lex salica* se place avant l'extension du royaume salien au delà de la Lys, qui a été réalisée par Clodion¹.

Cette opinion ne tient pas compte de tous les documents en présence. Les épilogues sont laissés de côté, comme très postérieurs aux prologues et donnant des renseignements peu sûrs. D'autre part, la conciliation des données des prologues avec celles de la *lex salica* n'est pas décisive : les prologues semblent exclure l'hypothèse d'une royauté déjà constituée ; la *lex* l'admet au contraire. On ne peut prendre parti qu'en sacrifiant l'un des deux documents. Enfin l'explication du titre 47 laisse fort à désirer même par ceux qui placent la *lex* avant Clovis.

En second lieu, des historiens sont d'accord pour placer la *lex salica* sous le règne de Clovis. C'est même l'opinion traditionnelle. Plusieurs arguments sont invoqués. D'abord les épilogues attribuent à Clovis la *lex salica*. Ensuite la *lex* ne porte pas encore trace de christianisme : elle a dû être établie avant la conversion des Francs. Enfin le titre 47, en parlant

¹ Sur le règne de Clodion, Fahlbeck, *op. cit.*, p. 10. Longnon, *Géographie de la Gaule au VI^e siècle*, Paris, 1878, p. 619 et l'interprétation de Greg. Tur., II, 9. Notons que Fahlbeck ne fait pas appel à ce texte pour situer la *lex salica* sous le règne de Clodion ; pour lui ce texte est ajouté par Chilpéric à la *lex salica* et la *Legeris* est la Loire, frontière que les Francs ont atteinte plus tard. La *lex salica*, antérieure à Clovis, a eu lieu sous Clodion, qui le premier a réuni sous lui les diverses peuplades franques. C'est cette raison qui le détermine à choisir Clodion, comme roi antérieur à Clovis, qui a pu rédiger la loi salique.

de la *Ligeris* veut citer la Loire. C'est en effet ce sens-là qui prévaut toujours dans les documents. La Loire est toujours appelée *Ligeris*. Or la Loire a été frontière du royaume salien. S'agit-il d'une frontière politique? Schröder¹ l'admet; dans ce cas, on a pu dire *ultra Ligeris* jusqu'en 507 seulement, car les Wisigoths ont été conquis en 507 et la frontière disparut à cette époque. Mais la pensée de cet historien a été contredite. On a fait remarquer qu'il était étonnant pour un droit de race de régir ainsi des étrangers². Dès l'instant que la loi salique peut avoir action au delà de cette frontière, on ne peut guère penser à une frontière politique, il s'agit plutôt d'une frontière judiciaire : alors la loi a été rédigée après 507 et avant 511, date de la mort de Clovis. C'est ce que soutient en dernière analyse Sybel³ : la *lex salica* daterait de 507-510. Cette opinion se trouve confirmée par un passage relatif à la vigne. Il n'y avait pas de vignes dans le royaume salien de Clodion.

¹ Pardessus, *Loi salique*, 1843, pp. 415-430; Schröder, *Untersuchungen zu den fränkischen Volksrechte*, Würzburg, 1879. *Die Franken und ihr Recht*, Z. S. St., G. A., II, 1881, pp. 1-82. *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, 5^e Auflage, Leipzig, 1907, pp. 248-251; Fustel de Coulanges, *La monarchie franque*, p. 100; Gaudenzi, *Salica legge*, *Digesto italiano*, t. 21, 1891, lettre S, pp. 196-207; Brissaud, *Cours d'histoire générale du droit français public et privé*, I, Paris, 1904, pp. 86-89; Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, 13^e édit., Paris, 1920, pp. 108-112.

² Fahlbeck, *op. cit.*, p. 280 et suiv.

³ Sybel, *Entstehung des deutschen Königthums*, p. 308 et suiv.; Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, I², pp. 311 et suiv. 437. — L'opinion de tous ces historiens se heurte au démenti des prologues de la *lex salica*. — Le passage où il est fait allusion à la vigne est au titre XXVII, 13.

Ces historiens négligent malheureusement les données des prologues. Ils les laissent complètement de côté sous prétexte que les prologues sont en contradiction avec les épilogues et revêtent une forme lyrique dans leur ensemble. Ces deux motifs n'ont point du tout la portée que ces auteurs leur reconnaissent. Dès lors, les historiens se heurtent au démenti des prologues. D'autre part, on comprendrait peu le silence de Grégoire de Tours au sujet d'un événement aussi considérable que l'aurait été, sous le règne de Clovis, l'établissement de la *lex salica*.

La doctrine, qui place la date de la *lex salica* sous Clovis, semblait définitivement assise, quand, au début de notre siècle, des historiens, surtout des Allemands, ont proposé de ramener à une date beaucoup plus récente la confection du *Pactus*. C'est le troisième groupe que nous avons distingué chez les historiens. La *lex salica*, pour eux, serait postérieure au règne de Clovis. Ainsi Hilliger ¹ a essayé de démontrer que le texte de la *lex salica*, tel qu'il se présente dans le *Pactus*, n'a pu s'établir avant 613 et a même cherché à le repousser jusqu'au début du VIII^e siècle en partant de l'étude de la monétation de la *lex salica*. Rietschel ² a tenté de prouver que les plus anciens

¹ Hilliger, *Der Schilling der Volksrechte und das Wergeld, Historische Vierteljahrschrift*, 1903, p. 175 et suiv., 453 et suiv.; *Alter und Münzrechnung der lex salica, loc. cit.*, 1906, p. 161 et suiv.; *Das Denar der lex salica, loc. cit.*, 1907, p. 1 et suiv.

² Rietschel, *Der Pactus pro tenore pacis und die Entstehungszeit der Lex salica, Z. S. St., G. A.*, 27, 1906, p. 253 et suiv.; *Die Entstehungszeit der Lex salica, Z. S. St., G. A.*, 30, 1909, pp. 117-141.

textes à nous parvenus dateraient de Clotaire I^{er}. Il a mis en lumière la nécessité de considérer comme deux choses distinctes la date de l'établissement de la *lex salica* et la date de l'établissement des textes transmis. Brunner¹ essaie de déterminer la part de vérité que contiennent les argumentations tirées en partie de la monétation de la *lex salica* et reconnaît qu'elles nécessitent une reprise par la base de tout l'ensemble du problème, qui est moins résolu que jamais.

L'étude de ce mouvement de la science allemande² du xx^e siècle, qui a ébranlé les théories anciennes sans les remplacer par des données solides, fournit une démonstration tout à fait saisissante de l'impossibilité de poser la question, jadis classique, de la date de la *lex salica*.

§ II. — *La date de la « lex salica » est une question qui ne peut pas se poser.*

Toutes ces doctrines, qui placent la *lex salica* avant, pendant ou après le règne de Clovis, n'arrivent à aucun résultat satisfaisant. C'est une preuve décisive

¹ Brunner, *Ueber das Alter der Lex salica und des Pactus pro te-nore pacis*, Z. S. St., G. A., 29, 1908, pp. 136-179; un compte rendu fait par Brunner, Z. S. St., G. A., 31, 1910, p. 475 et suiv., d'un article de Luschin von Ebengreuth, *Das Denar der Lex salica*, *Sitzungsberichte*, Académie de Vienne, tome 163, IV.

² Mario Krammer, *Die Entstehung der Lex salica*, *Festschrift für Heinrich Brunner*, Weimar, 1910, analysé dans Z. S. St., G. A., 32, 1911, p. 434 et suiv.; cf. en outre Babelon, *Le sou, le siliqne et le denier dans la loi salique*, *Journal des savants*, 1901, p. 105 et suiv.; Hugo Iackel, *Chunnas und Twalepti*, Z. S. St., G. A., 30, 1901, p. 251 et suiv.

que l'idée dont elles s'inspirent est inexacte. Elles reposent, en effet, sur une conception commune : elles considèrent la *lex salica* comme une codification et s'évertuent à rechercher une date pour sa rédaction. Cette conception suppose à la *lex salica* une nature analogue à celle de notre notion moderne de loi. Or elle n'est pas seulement condamnée en principe par la double confirmation des données du prologue et de la *lex salica* : elle doit être rejetée par les résultats invraisemblables auxquels elle aboutit quand elle essaie de fixer une date à la *lex salica*.

La question de la date de la *lex salica* ne peut pas se poser, car la *lex* primitive ne ressemble pas du tout à notre loi moderne. La *laghsaga* ne se fixe pas à un moment précis : elle est le produit du travail des générations. Vouloir déterminer l'époque de la *laghsaga* est aussi absurde que vouloir fixer la date de l'édit du préteur romain. La *lex salica* s'est constituée petit à petit : elle s'est développée au jour le jour par les *iudicia* nouveaux des diseurs de droit. La coutume salienne n'est pas une codification homogène, elle se présente comme la juxtaposition de cas de loi d'âges différents. La *pars nova* s'ajoutait sans cesse à la *pars translaticia*¹.

¹ Les historiens peuvent plus utilement diriger leurs recherches du côté de la question du nombre et de la date des éditions écrites successives de la *laghsaga* salienne. Seulement il faut remarquer que, ne possédant pas l'archétype ou le texte primitif, nous ne pouvons fixer la date de la première mise par écrit de la coutume salienne. Le *Pactus*, qui est le plus ancien texte que nous ayons, peut être fixé entre les années 488 et la mort de Clovis à cause de deux faits

Ainsi la question de la date de la *lex salica* est due uniquement à l'introduction de notre conception moderne de la codification dans l'étude d'un passé qui était bien loin de connaître ce système juridique perfectionné et récent. En posant un problème qui ne peut recevoir de solution, les historiens ont fourni eux-mêmes la preuve décisive de la nature véritable de la *lex salica*. Le propre de la *lex* primitive est précisément de se constituer sans que l'on puisse assigner une date unique à l'ensemble de ses dispositions. Ce que nous appelons droit coutumier s'établit sans que l'on ait conscience du moment précis de sa formation¹. Cette conclusion fortifie celles qui se dégagent à la fois de notre étude externe et de notre examen interne de la *lex salica* comme elle corrobore exactement les données de la tradition présentée dans le prologue.



La *lex salica*, bien qu'étant une coutume juridique, porte le nom de *lex*, loi. C'est la preuve que la coutume

précis : d'abord la réforme monétaire dont le *Pactus* enregistre l'existence, ensuite par les additions faites au *Pactus* par Clovis. Il faut surtout éviter de confondre la date des manuscrits qui nous sont parvenus avec celle du texte qu'ils nous transmettent. Ainsi le *Pactus* peut dater de Clovis, alors que les copies que nous en avons datent du milieu du VIII^e siècle au plus tôt.

¹ Bien des jugements abstraits ne résisteront pas à l'épreuve de l'expérience. La *laghsaga* comme l'édit du préteur ne conservent pas toujours les innovations qu'elles font. De nos jours aussi, notre Jurisprudence s'établit sans que l'on puisse dire le nombre de précédents qu'il faut pour l'asseoir.

et la loi n'ont pas toujours été aussi distinctes l'une de l'autre qu'elles le sont devenues de nos jours. A l'époque franque notamment, la seule *lex* était le droit coutumier.

L'étude de la coutume salienne nous fait tout particulièrement saisir le mécanisme même de la formation du droit coutumier, car la *lex salica* s'est développée d'une manière autonome dans le cadre de cette assemblée judiciaire où elle a pris naissance.

L'idée d'une autorité publique, en tant que force supérieure à celle des individus, ne s'était pas encore dégagée : le roi n'intervenait ni dans la déclaration du droit ni dans sa sanction. La *lex* était considérée comme une loi surnaturelle que seuls des initiés pouvaient interpréter et révéler. La déclaration du droit était le monopole des diseurs de droit et se présentait sous les dehors de révélation d'un prétendu droit préexistant. Quant à la sanction du droit, elle n'était assurée que par l'approbation tacite du peuple. La parole du diseur de droit recevait du *tacitus consensus omnium* la force juridique indispensable. On pouvait dire que la *lex* une fois fixée était un pacte conclu entre tous les individus pour considérer la *lex* révélée et approuvée comme étant désormais leur *lex*. Le droit ne puisait son autorité effective que dans l'approbation du peuple, véritable promesse d'observation ou véritable acte d'appropriation de la part du peuple.

Les décisions du diseur de droit étaient des *iudicia* : d'abord concrets, puis, concurremment avec eux, abs-

traits. La Jurisprudence du diseur de droit comprit alors à la fois des solutions qui rentreraient dans notre conception moderne, plus étroite parce que spécialisée, de la Jurisprudence et des solutions qui auraient déjà en elles-mêmes le germe de notre notion de législation. Ce que nous entendons sous les noms de pouvoir judiciaire et de pouvoir législatif a été confondu, à l'origine, dans l'exercice de ces deux fonctions par un seul et même organe de l'assemblée judiciaire : le diseur de droit. Ce personnage essayait de mettre fin aux conflits puis, en outre, acquit le pouvoir de prévoir les cas de procès futurs et d'indiquer d'avance la solution qu'il appliquerait.

Jugements concrets et jugements abstraits étaient des cas de droit faisant *lex* pour l'avenir. Le concept abstrait, de règle générale édictée en vue de l'avenir, n'était pas encore à la portée de l'intelligence de ces milieux primitifs. C'est seulement d'un ensemble de cas que la règle pouvait se dégager, mais tout à fait indirectement.

Ainsi la *lex salica*, que l'on appelle de nos jours la coutume des Francs Saliens, n'est pas née à la suite de l'action des forces obscures et aveugles de l'évolution sociale : elle a été dégagée des mœurs petit à petit et expressément par le diseur de droit, puis s'est développée par le jeu des *iudicia* concrets, surtout par celui des *iudicia* abstraits, en ajoutant progressivement une *pars nova* à la *pars translaticia*.

LIVRE II

LES TRANSFORMATIONS DE LA NOTION DE « LEX » DANS LES CAPITULAIRES

Au lendemain des invasions, le roi, qui depuis longtemps déjà s'est acquis progressivement une situation prépondérante, essaie de s'approprier le pouvoir législatif. C'est, en effet, par les ordonnances, connues sous le nom de capitulaires, qu'il entreprend de mettre lui-même en harmonie la *lex* ancestrale, déjà fixée par écrit, avec les besoins nouveaux et récents du peuple. L'histoire du perfectionnement de la *lex* au moyen des capitulaires a été très discutée et a donné lieu, comme toutes les questions se rattachant à l'époque franque, à un débat encore ouvert entre les germanistes et les romanistes.

Les germanistes, et en particulier Boretius et son école, relèvent au temps carolingien la mention du *consensus populi* et son association avec l'élaboration de la *lex* dans les capitulaires. Ce serait la preuve que, pour modifier la *lex*, le roi est impuissant par lui-même et doit demander l'approbation des hommes de la race intéressée. Il y aurait là un groupe distinct de capitulaires, dont le mode d'établissement, au lieu de dépendre de la volonté du roi et de son conseil comme dans tous les autres capitulaires, serait, au

contraire, subordonné à la libre expression de la volonté du peuple. Toute modification de la *lex* exigerait le concours du peuple intéressé et aurait ainsi lieu d'après une procédure de confection toute spéciale, essentiellement distincte de la procédure normale. Ici le peuple est considéré comme un organisme politique, ayant en face de la royauté des attributions souveraines dans l'établissement de la *lex*.

Les romanistes, et notamment Fustel de Coulanges avec son école, font observer que la *lex* est, la plupart du temps, modifiée dans des capitulaires, où il n'est nullement question de *consensus populi*. Le roi agit d'autorité à la manière de l'empereur romain. Ce serait la preuve que la *lex* peut être perfectionnée selon la volonté du roi seul. Par suite, il n'y aurait absolument aucune raison pour faire des capitulaires qui ont trait à la *lex* un groupe à part : ils rentrent simplement dans le droit commun de la confection des capitulaires. Quant à la mention du *consensus populi*, ce ne peut être que la déclaration par laquelle le peuple met sa volonté en harmonie avec celle du roi pour se conformer aux nouveaux ordres de celui-ci. Cette déclaration d'obéissance, d'ailleurs, se rencontre assez rarement et, si elle coïncide avec une modification de la *lex*, elle n'a pas lieu pour tous les changements apportés à la *lex*. Le roi n'exigerait cet acte d'obéissance que quand il attache une importance toute particulière à l'observation du capitulaire. Ici le peuple, bien loin d'avoir une part dans la confection de la *lex*, ne compte pas plus devant le roi que

le peuple romain devant son empereur : il doit obéir.

Ces deux thèses sont en opposition complète. Toutes deux ont des textes pour elles, toutes deux aussi ont des textes contre elles. Il n'est peut-être pas impossible de trouver un terrain d'entente.

Le *consensus populi*, d'après les textes produits par les germanistes, ne se rencontre, en effet, qu'au cas d'élaboration de la *lex*. Mais, ainsi qu'il résulte également des témoignages présentés par les romanistes, les modifications de la *lex* sont loin de se réaliser toutes avec le *consensus populi* : l'immense majorité en est même dépourvue et repose alors uniquement sur la seule volonté du roi. Qu'est-ce à dire? C'est la preuve que la *lex* se perfectionne dans les ordonnances du roi tantôt avec le *consensus populi* qui correspond à la conception germanique traditionnelle et tantôt sans le *consensus populi*, conformément à la conception romaine plus récente. Sous le heurt de ces conceptions juridiques opposées, nous pouvons saisir la continuité parfaite du développement de la notion de *lex* chez les Francs et découvrir dans les capitulaires deux étapes nouvelles dans l'ascension de l'esprit franc vers le concept abstrait et moderne de la législation conçue sous la forme de règle générale.

C'est ce qui résultera de notre étude sur les transformations de la notion de *lex* dans les capitulaires. Ce travail comprendra trois chapitres.

Le premier sera consacré au développement autonome de la *lex*. Le *consensus populi* est un trait caractéristique. La *lex* conserve, dans son administration

par le roi, les formes anciennes qu'elle avait au temps de son administration par le diseur de droit à l'assemblée judiciaire primitive. C'est la transition entre le droit judiciaire et le droit législatif.

Le deuxième chapitre aura pour objet les modifications externes de la *lex*. Le *consensus populi* n'existe plus. La *lex* reçoit des atteintes qui viennent de la volonté du roi. C'est le droit législatif qui, grâce au droit de ban du roi, s'implante ouvertement et distinctement à côté de la *lex*, non pas encore sous la forme de règle générale, mais sous la forme d'ordres généraux du roi.

Enfin le troisième chapitre établira la comparaison des résultats juridiques auxquels le roi parvient à l'aide de l'un ou de l'autre de ces deux modes de son activité législative. Ces résultats, qui d'ailleurs ne s'analysent guère qu'au point de vue de la durée et de la sanction, sont fortement influencés par la forme orale des capitulaires.

CHAPITRE PREMIER

Développement interne de la « lex » : le roi héritier du diseur de droit.

Les capitulaires¹, qui associent le *consensus populi* à l'élaboration de la *lex*, sont surtout de l'époque ca-

¹ Le mot *capitulum*, *capitulare*, a un sens qu'il s'agit de préciser. Primitivement il signifie point, sujet, disposition (ainsi dans lettre Gregor. I du 16 mars 591, Jaffé *reg. pont. nro.* 740), et s'emploie pour désigner les textes isolés des dispositions traitées dans les *leges*, qui ont été mises par écrit au lendemain des invasions, comme dans la *lex wisigothorum* par exemple. Le mot *capitulum* n'a pris la signification précise d'acte législatif du roi et ne s'est opposé à la *lex* que sous les Carolingiens. Les ordonnances des rois mérovingiens, qui nous sont parvenues au nombre de neuf seulement, portent des noms romains : *auctoritas*, *decretiō*, *decretum*, *edictum*, *praeceptum*, *constitutio*. La terminologie n'était pas encore exactement fixée. Ce n'est qu'avec Charles Martel que le mot *capitulum* fait son apparition et désigne une série de dispositions rangées en chapitres et émanant du roi. Cette substitution d'un nom nouveau aux désignations diverses du temps mérovingien s'explique par l'influence du droit canonique, où les décisions émises par un concile dans une année étaient énumérées les unes après les autres sous le nom de *capitula*, chapitres. Comme un grand nombre d'ordonnances du roi a servi à faire passer du droit religieux dans le droit laïque, l'expression *capitula* s'est appliquée désormais, par une extension de sens, aux ordonnances royales elles-mêmes qui promulguaient les *capitula* religieux. Puis le mot désigna les édits de toute sorte des rois carolingiens et le vocable se vulgarisa de plus en plus, avec cette signification, sous Louis le Débonnaire et Charles le Chauve. (Cf. Boretius, *Beitraege zur Kapitularienkritik*, Leipzig, 1874, pp. 28-29 ; Fustel de Coulanges, *La monarchie franque*, pp. 13, n. 1, 111-112). Chez les

rolingienne, car c'est à partir des premiers Carolingiens que nous ont été conservées en nombre déjà important les ordonnances des rois francs¹.

Ces textes désignent soit les assemblées politiques, soit l'assemblée judiciaire de chaque centaine comme organe d'émission du *consensus populi*.

Ceux qui concernent les assemblées politiques de l'époque franque sont au nombre de sept : deux appartiennent à l'époque mérovingienne, cinq à l'époque carolingienne.

C'est d'abord l'édit de Chilpéric qui nous signale la présence du peuple² :

Pertractantes in Dei nomen cum viris magnificen-
tissimis obtimatibus vel antrustionibus et **omni popu-
lo nostro convenit**

C'est ensuite la *decretio Childeberti* où l'on a vu une sorte d'allusion à des champs de mars³ :

Childebertus, rex Francorum, vir inluster. Cum in
Dei nomine nos omnes Kalendas Martias de quascum-

Lombards également, le mot *capitulare* a fini par désigner le droit royal, par opposition à la *lex* ou droit populaire. Nous en avons un premier témoignage en l'an 750 (Leges IV, p. 181, c. 3).

¹ Nous citerons les capitulaires d'après les numéros qu'ils portent dans l'édition de Boretius, qui fait partie de la collection des *Monumenta Germaniae Historica* (*Capitularia regum francorum* en deux volumes) et y occupe la deuxième section des *Leges* (*Legum sectio II, tomus primus, tomus secundus*). Quand, exceptionnellement, nous ferons appel à l'édition de Pertz, nous le dirons expressément.

² C. 4, c. 1.

³ C. 7 de 596 *principium*.

que condiciones una cum nostris optimatibus pertractavimus

Les cinq autres témoignages sur l'activité des assemblées politiques carolingiennes signalent un *consensus omnium* ou un *consensus fidelium*. Trois sont des textes qui se rapportent en général au droit franc et deux sont destinés à la Saxe.

Un capitulaire de date indéterminée met en relief le *consensus fidelium* en ces termes ¹ :

. cum episcopis, abbatibus, comitibus, ducibus omnibusque fidelibus christianae ecclesiae **cum consensu consilioque** constituit ex lege Salica, Romana atque Gombata capitula ista in palatio Aquis, ut unusquisque fidelis iustitias ita faceret : qui et ipse manu propria firmavit capitula ista, ut **omnes fideles manu roborare** studuissent.

Le *consensus fidelium* est encore mentionné en 873 dans un capitulaire de Charles le Chauve ² :

Propterea per capitula avi et patris nostri quae Franci **pro lege tenenda** iudicaverunt et **fideles nostri in generali placito** conservanda decreverunt.

Le *consensus omnium* apparaît dans un capitulaire de 820 où l'on mentionne des chapitres, dont l'addi-

¹ C. 77 de 801-813 *principium*. D'ailleurs le début du capitulaire qui comprend le texte cité est suspect. Cf. Seeliger, *Die Kapitularien der Karolinger*, München, 1893, p. 20, n. 1.

² Pertz (*Leges* I, p. 521, c. 8).

tion à la *lex salica* avait été approuvée par le consentement de tous l'année précédente ¹ :

..... ut capitula, que praeterito anno legis Salicae **per omnium consensum** addenda esse censuimus iam non ulterius capitula sed tantum lex dicantur, immo pro lege teneantur.

Enfin deux capitulaires destinés à la Saxe ont les traces du *consensus omnium*. Nous lisons dans la *Capitulatio* ² :

..... de maioribus capitulis. Hoc **placuit omnibus**

..... de minoribus capitulis **consenserunt omnes**.

et dans l'autre capitulaire saxon des expressions caractéristiques ³ :

..... **omnes unianimiter consenserunt** et aptificaverunt.

..... hoc placuit **omnibus Saxonibus**.

A côté de cette série de textes qui visent les assemblées politiques, nous avons trois témoignages de l'année 803 qui concernent l'activité de l'assemblée judiciaire de chaque circonscription locale, tout en soulignant le *consensus omnium* et même le véritable *consensus populi*.

Il y a d'abord une instruction de Charlemagne à ses *missi* où il est dit ⁴ :

¹ C. 143, c. 5.

² C. 26 *principium* et c. 15.

³ C. 27 *principium* et c. 3.

⁴ C. 40, c. 19.

Ut *populus* interrogetur de capitulis quae in lege noviter addita sunt; et postquam **omnes consenserint**, subscriptiones et manufirmationes suas in ipsis capitulis faciant.

Un texte nous décrit ensuite la manière dont a été exécutée cette instruction. Le *mallum legitimum*, assemblée judiciaire de chaque centaine où tous les hommes libres de la centaine se rendent, est l'organe d'émission du *consensus populi*. Ce texte nous donne des détails sur ce qui a été fait notamment dans le ressort de Paris¹.

Enfin une lettre de Charlemagne à Pépin son fils, alors roi d'Italie, signale la cause du peu d'autorité des capitulaires destinés à ce pays et dit à ce propos la même année² :

Audivimus etiam, quod quedam capitula quae in lege scribi iussimus per aliqua loca aliqui ex nostris ac vestris dicunt, quod nos nequaquam illis hanc causam ad notitiam per nosmetipsos condictam habeamus, et **ideo nolunt ea oboedire nec consentire neque pro lege tenere**. Tu autem nostri... monemus... ut... ea nota facias et oboedire atque implere praecipias.....

Ces textes sont interprétés en sens divers. Boretius et son école³ veulent y voir la preuve que le peuple

¹ C. 39 de 803 (Introduction de Boretius, p. 112).

² C. 103, dernier alinéa.

³ Boretius, *Beitraege zur Kapitularienkritik*, Leipzig, 1874, p. 54 et suiv.

est associé directement à la législation, au moins quand il s'agit de la *lex*. Le *consensus populi* ne serait pas autre chose que l'expression de la libre volonté du peuple d'accepter ou de refuser la réforme de la *lex* projetée par le roi.

Fustel de Coulanges et son école estiment, au contraire ¹, que le roi, avec ou sans son conseil, est compétent pour ce qui concerne la *lex* comme pour tout le reste. La *lex* n'a pas à être mise en corrélation nécessaire avec le *consensus populi*. Les textes cités feraient simplement allusion à une marque exceptionnelle d'obéissance envers le roi qui l'exigerait dans certains cas pour mieux assurer son autorité.

Ces opinions sont trop absolues. L'une ramène toute élaboration de *lex* au peuple, l'autre invoque l'omnipotence législative du roi en toute matière. Mais, en tous cas, toutes deux ne peuvent manquer de constater que le *consensus populi*, quand il existe, est toujours associé à l'idée de *lex*. C'est donc pour le moins une marque spéciale d'une forme de développement de la *lex*, que cette marque d'ailleurs coïncide avec le développement de la *lex* d'une manière nécessaire, comme le croit Boretius, ou seulement d'une manière exceptionnelle, ainsi que l'admet Fustel de Coulanges.

Or ce *consensus omnium, fidelium, populi* n'est pas un signe de l'intervention du peuple dans la confection même d'un capitulaire concernant la *lex*, car, pour jouer ce rôle, le peuple aurait évidemment un

¹ Fustel de Coulanges, *Les transformations de la royauté pendant l'époque carolingienne*, Paris, 1914, p. 453 et suiv., 465 et suiv.

organe d'émission de sa volonté. Et dans le cours de l'époque franque, ni les assemblées politiques ni les assemblées judiciaires locales ne sont à même de réserver au peuple une pareille attitude devant le roi et les grands. Est-ce à dire que le *consensus populi* soit une sorte de serment d'obéissance? Nous ne le croyons pas. Le *consensus* implique un certain acte de libre volonté; on ne conçoit guère qu'un serment d'obéissance soit exigé seulement dans des cas où le capitulaire a trait à la *lex*.

Les témoignages sur la matière s'éclairent, si l'on voit dans le *consensus populi* un reste du mécanisme de la *laghsaga* traditionnelle. Le roi a pris la place du diseur de droit qui révélait la *lex* avec l'assentiment, le *consensus*, du peuple. Le roi, comme jadis le diseur de droit, a la confection du capitulaire qui développe la *lex*. Le *consensus populi* s'analyse comme une promesse tacite d'observation de la part du peuple et se présente comme le signe caractéristique du développement interne de la *lex* dans les capitulaires, mais sans être le moins du monde une preuve d'un prétendu pouvoir souverain du peuple dans l'établissement de la *lex*.

Nous démontrerons, dans une première partie, que le *consensus populi* n'est pas du tout un droit de délibération réservé au peuple et, dans une deuxième partie, que la *lex* est établie par le roi, avec l'assentiment de la population, d'après les procédés de la *laghsaga*.

PREMIÈRE PARTIE. — *Le « consensus populi » n'est pas un droit de délibération pour le peuple.*

Attribuer au peuple de l'époque franque une compétence exclusive en matière de *lex*, c'est admettre qu'il était un corps politique en face de la royauté. Or, comme le remarque avec raison Fustel de Coulanges¹, le mot *populus* signifie toute autre chose. Il désigne, par exemple, la masse des fidèles réunis dans une église, ou bien le public qui assiste à une cérémonie, qui est témoin d'un acte, ou parfois la basse classe. Jamais il n'est employé avec le sens d'organisme politique, de peuple souverain, de corps constitué légalement et agissant en droit. Nous ne voyons pas une fois l'indice d'une délibération populaire à côté de ce mot *populus*. C'est pourquoi nous devons le traduire, avec cet éminent historien, par population et non par peuple. Il y a, en effet, une multitude d'êtres humains, il n'y a pas un organisme populaire.

Le sens propre de l'expression *populus* est déjà plein d'enseignements. Mais l'analyse des deux prétendus organes d'émission de la volonté du peuple, les assemblées politiques et les assemblées judiciaires locales, ne fera que confirmer l'impossibilité pour le peuple d'être en présence du roi l'un des auteurs principaux de ceux des capitulaires qui développent la *lex*.

¹ Fustel de Coulanges, *La monarchie franque*, Paris 1912, p. 117 et suiv.

SECTION I. — PLACE DES ASSEMBLÉES POLITIQUES
A L'ÉPOQUE FRANQUE.

L'école de Boretius, plutôt que Boretius lui-même ¹, considère les assemblées politiques de l'époque franque comme un rouage essentiel de la royauté. A l'origine, le peuple était réuni en présence du roi aux Champs de Mars et prenait, après délibération, les décisions voulues. Ces Champs de Mars ont fini par s'effacer devant les assemblées des grands. L'extension du royaume amena la fin de la participation directe du peuple aux affaires, mais les grands représentaient le peuple auprès du roi : de sorte que les décisions prises émanaient encore du peuple. C'est ainsi que se comprend la mention du *consensus populi, omnium, fidelium* attestée dans les capitulaires concernant soit le droit franc, soit le droit saxon. Il n'y a là, d'ailleurs, rien que de très conforme à l'évo-

¹ Boretius, *Beitrage zur Kapitularienkritik*, pp. 54-61, regarde surtout le *mallum*, assemblée judiciaire ; Sohm, *Die fränkische Reichs und Gerichtsverfassung*, 1871, pp. 1-8. 295 ; Thévenin, *Lex et Capitula* (Bibliothèque de l'Ecole des Hautes Etudes, Paris, 1878, 35^e fascicule), pp. 137-155 ; Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, II, Paris, 1888, pp. 259-270. 319 et suiv. 449-461 ; Waitz, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, I Band, 3^e édit., Kiel, 1880, pp. 338-370, II Band, *Zweite Abtheilung*, pp. 225-242, III Band, 2^e édit., pp. 554-600 ; Viollet, *Histoire des institutions politiques et administratives de la France*, I, 1890, Paris, pp. 205-216. 282-291 ; Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, II, § 76 ; Brissaud, *Cours d'histoire générale du droit français*, pp. 535-538 ; Schröder, *Lehrbuch*, p. 154 et suiv. ; Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, 13^e édit., Paris, 1920, pp. 75-78.

lution des idées de liberté et de démocratie qui étaient en germe chez les Germains du temps de Tacite.

Cette opinion a le tort, selon nous, de ne pas établir de distinction fondamentale entre les institutions germaniques et les institutions franques et dans les institutions franques de ne pas distinguer suffisamment l'époque mérovingienne de l'époque carolingienne. C'est par suite d'une confusion portant sur les pays et sur les époques que les historiens croient découvrir dans notre pays la persistance des institutions germaniques sous leur forme originale.

§ I. — *Distinction entre les pays purement germaniques et les autres.*

Tacite nous décrit succinctement le concilium germanique, qui est l'assemblée générale de toute la race ¹ :

De minoribus rebus principes consultant, de maioribus omnes, ita tamen ut ea quoque quorum penes plebem arbitrium est apud principes pertractentur. Coeunt nisi quid fortuitum et subitum inciderit, certis diebus, cum aut incohatur luna aut impletur. Nam agendis rebus hoc auspiciatissimum initium credunt... Illud ex libertate vitium, quod non simul nec *ut* iussi conveniunt, sed et alter et tertius dies cunctatione coeuntium absumitur. Ut turba placuit, considunt armati. Silentium per sacerdotes, quibus *tum* et coer-

¹ Tacite, *De origine et situ Germanorum*, c. 11.

cendi ius est, imperatur. Mox rex vel princeps, prout aetas cuique, prout nobilitas, prout decus bellorum, prout facundia est, audiuntur, auctoritate suadendi magis quam iubendi potestate. Si displicuit sententia, fremitu aspernantur: sin placuit, frameas concutiunt. Honoratissimum assensus genus est armis laudare.

Ailleurs, l'historien latin nous donne encore des détails caractéristiques :

Reges ex nobilitate, duces ex virtute sumunt. Nec regibus infinita aut libera potestas ¹.

Eliguntur in iisdem conciliis et principes qui iura per pagos vicosque reddunt ².

Cette assemblée se compose de tous les hommes libres qui se réunissent en armes pour délibérer. Les peuplades germaniques n'ont pas de roi : elles se gouvernent au moyen du *concilium*. Cette assemblée n'est autre que l'assemblée judiciaire primitive. En plus, elle constitue le gouvernement de la tribu. A cette assemblée il faut des délégués : ce sont précisément les *principes* qui sont élus par le *concilium* et administrent le *pagus*, circonscription territoriale analogue au comté franc. Cette assemblée a dès lors trois rôles : juger, gouverner et élire les principes. Tacite reconnaît que dans certaines tribus seulement il y a des rois : mais ceux-ci n'exercent que des fonctions exé-

¹ Tacite, *op. cit.*, c. 7.

² Tacite, *op. cit.*, c. 12.

cutives. C'est ce *concilium* qui aurait donné naissance aux assemblées de l'empire franc.

Mais ce peuple n'est pas souverain : il ne vote pas. Les guerriers, c'est-à-dire les hommes libres en état de port d'armes, sont convoqués à l'assemblée : mais cette assemblée n'a pas lieu à jour fixe, elle commence quand on se trouve en nombre suffisant. Le peuple met peu d'empressement à se réunir. On dirait qu'il s'agit pour lui d'une obligation pénible plutôt que d'un droit précieux. De plus, une fois réunis, ces guerriers se trouvent placés sous la sévère présidence d'un de leurs prêtres et ils écoutent en silence les propositions des délégués ou, s'il en existe, du roi. Enfin ils ne peuvent répondre à la proposition qui leur est faite que par un murmure, s'ils la rejettent, et par un cliquetis d'armes, s'ils l'approuvent. Ces guerriers ne votent pas¹.

Cette absence de suffrage régulier et ce défaut absolu d'initiative marquent assez combien il y a de distance entre les réunions de guerriers germaniques et des assemblées populaires vraiment souveraines.

Tel est le *concilium* germanique d'avant les invasions. En supposant même que les assemblées de l'époque franque soient des assemblées souveraines, ce n'est pas à cette assemblée générale de la tribu qu'elles le devraient.

Mais il y a mieux. On ne peut pas même rattacher

¹ Cf. *suprà*, sur les modes d'émission collective du *consensus populi*, p. 102 et suiv. Il pouvait y avoir ou non des rois dans ces peuplades.

indistinctement les assemblées de l'époque franque à l'institution décrite par Tacite : le lien de continuité qu'on invoque entre ces assemblées n'existe pas. Au lendemain des invasions, le *concilium* se rencontre chez des peuplades germaniques, mais il ne peut pas se maintenir chez les Francs. L'explication nous en sera donnée par l'examen des textes concernant les pays où cette institution a survécu pendant le cours de l'époque franque : ces témoignages justifieront alors une distinction entre les pays germaniques et le peuple franc.

D'abord, les capitulaires saxons¹ du temps carolingien révèlent l'existence en Saxe du *concilium*². Les termes *omnes consenserunt* peuvent désigner, en effet, le peuple saxon tout entier et le *concilium* saxon a pu servir à mettre en œuvre ces deux capitulaires.

Chez les Alamans, des allusions à une réunion entière du peuple se rencontrent assez fréquemment³ :

Quia sic convenit duci et **omni populo** in publico concilio⁴.

Post conventum nostrum quod conplacuit **cunctis Alamannis**⁵.

¹ C. 26 et 27.

² C. 26, c. 34 et autres textes cités dans Waitz, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, III Band, 2^e Auflage, Kiel, 1883, pp. 118-146, et les textes cités p. 144 à la note.

³ Waitz, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, I Band, 2^e Abtheilung, 3^e Auflage, 1882, pp. 178-183.

⁴ *L. Alamann.*, XLI, 3 (Lehmann, 1888, p. 102).

⁵ *L. Alamann.*, XXXVII, 2 (Lehmann, p. 97).

Convenit enim maioribus nato populo Alamannorum una cum duci eorum Lanfrido vel citerorum **populo adunato** ¹.

Incipit lex Alamannorum quae temporibus Hlodharii regis una cum principibus suis, id sunt 33 episcopis et 34 ducibus 72 comitibus, vel **cetero populo** constituta est ².

Chez les Bava-rois, des expressions se rapportent aussi à un *concilium* ³ :

quem..... **populus** sibi elegerit ducem ⁴
quem **populus** elegit sibi pontificem ⁵
de **popularibus** legibus ⁶.

Chez les Thuringiens, il serait aussi question d'un *concilium* si l'on en croit le passage suivant ⁷ :

Gozbertus dux, **congregato omni populo** qui cum illo simul erat, sacro baptismatis fonte a sancto pontifice ablutus, interrogavit, quid eidem misero facere debuisset ⁸.

Mais en tous cas, chez les Scandinaves et chez les Anglo-Saxons, rameaux de la même famille, l'assemi-

¹ *L. Alamann.*, I (Lehmann, p. 63).

² *L. Alamann.*, I (Lehmann, p. 62 et les variantes, p. 63 : *vel cetero populo adunatu*).

³ Cf. Waitz, *op. cit.*, pp. 104-116.

⁴ *Lex Baiw.*, II, 1.

⁵ *Lex Baiw.*, II, 10.

⁶ *Tass. decreta ad leg. Baiw.*, dans le titre (Leg. III, p. 464).

⁷ Cf. Waitz, *op. loc. cit.*, p. 182.

⁸ *Vita Kiliani*, c. 11.

blée générale judiciaire est celle que nous rencontrons également avec le plus de netteté¹.

Cette énumération est des plus instructives : elle va nous indiquer la raison pour laquelle, au lendemain des invasions, le *concilium* existe toujours chez certains peuples. Les peuplades qui ont conservé cette institution présentent toutes ces deux traits communs : d'abord elles sont de race homogène, il n'y a chez elles qu'une seule race cantonnée, ensuite elles ont des établissements peu étendus. Cela se vérifie pour l'Angleterre, où il y a de petits royaumes ; pour les Scandinaves également et enfin pour les peuplades d'Outre-Rhin ayant conservé une organisation à demi autonome.

Dès lors, on comprend aisément que, dans le royaume franc ou dans le centre de l'empire franc, le *concilium* ait disparu. Depuis la conquête franque, le royaume des Francs Saliens a finalement, sous le règne de Clovis, absorbé des peuples de race et de *lex* différentes et pris une extension de territoire de plus en plus considérable.

Ainsi le *concilium* germanique lui-même, malgré la présence du peuple tout entier, n'est pas une assemblée souveraine. La notion de démocratie n'est pas une idée primitive. Le peuple a été conduit d'abord

¹ Pour les Scandinaves, cf. bibliographie déjà citée *suprà*, p. 81 et suiv. ; pour les Anglo-Saxons, cf. Schmid, *Die Gesetze der Angelsachsen*, 2^e édit., Leipzig, 1858, pp. 26-29 ; Glasson, *Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre*, I, Paris, 1882, pp. 21-38. 39 et suiv. ; Fahlbeck, *La royauté et le droit royal francs*, traduction française Krammer, 1883, pp. 1-26. 38-58.

par les prêtres, puis par des chefs laïcs¹. Après les invasions, le *concilium*, s'il s'est maintenu dans les pays germaniques purs, par contre n'a pu survivre chez les Francs parce que les Francs étaient dans des conditions différentes. C'est pourquoi il est inutile aussi bien de rechercher la source de la notion de souveraineté dans le *concilium* que d'essayer de découvrir un lien de continuité entre cette institution germanique et les assemblées de l'époque franque. Une distinction formelle est à établir entre les pays germaniques et le centre de l'empire franc. Il ne servirait à rien de tirer argument des coutumes de ces pays en faveur des habitudes du peuple franc. Les deux capitulaires saxons, où il est fait mention d'un *consensus omnium*, ne peuvent à cet égard rien signifier pour le droit franc.

§ II. — *Chez les Francs distinction selon les époques de la période franque.*

Au lendemain des invasions et surtout à partir du début du règne de Clovis, où nous commençons à être renseignés, nous constatons qu'à certains moments et dans certaines régions seulement se tiennent des assemblées politiques plus ou moins nombreuses et ne présentant pas les mêmes caractères².

¹ Cf. *suprà*, p. 83 et suiv. Declareuil, *La Justice dans les coutumes primitives*, N. R. H., XIII, 1889, pp. 224-234. Le *concilium* n'est pas autre chose que l'assemblée générale judiciaire, analysée au début du livre premier. L'assemblée de la *gens* des Francs Saliens est un *concilium*.

² Nous n'avons nullement la prétention de tracer l'histoire com-

Sous ces réserves, nous pouvons distinguer trois périodes. D'abord sous le règne de Clovis et jusqu'au début du vi^e siècle, nous trouvons les Champs de Mars, derniers vestiges d'assemblées du peuple entier comme le *concilium*. Ensuite, au cours du vi^e siècle, nous sommes en présence d'assemblées de fonctionnaires laïcs ou religieux dans les *placita* et les synodes ecclésiastiques. Enfin, à partir du vii^e siècle, ces assemblées de fonctionnaires deviennent plus générales en ce sens qu'une population accompagne les fonctionnaires jusqu'au lieu de réunion. Les assemblées carolingiennes correspondent à ce type d'assemblées.

A aucun moment nous ne verrons le peuple être habile soit par lui-même, soit par l'intermédiaire des grands, à exercer un droit de souveraineté en face du roi et à intervenir dans la confection des capitulaires.

a) *Les Champs de Mars sous Clovis*. — Ce qui caractérise cette institution ¹, c'est la présence de tous les guerriers francs devant le roi. Le Champ de Mars est

plète des assemblées politiques, mérovingiennes et carolingiennes. C'est un sujet qui ferait à lui seul l'objet d'une thèse. Nous nous contentons de dégager de l'histoire générale les données essentielles et de les mettre en regard des documents de l'histoire du droit proprement dite.

¹ Fustel de Coulanges, *La monarchie franque*, pp. 63-76; Fahlbeck, *op. cit.*, pp. 10-26. La thèse de Sohm (*Reichs und Gerichts Verfassung*, pp. 38, 53, 55, 295) et de Iunghans (*Histoire de Childéric et de Chlodovech*, traduction Monod) dépasse le sens des textes sur la matière en soutenant que la démocratie et la liberté se trouvent déjà dans les premiers champs de mars et en faisant de l'unique trace de cette institution une institution permanente et régulière à l'époque de Clovis.

une assemblée de tous les hommes libres en état de porter les armes. Cette réunion est à la fois populaire et militaire. On peut y voir un reste du *concilium* germanique.

Mais, comme le remarque Fustel de Coulanges¹, le Champ de Mars, pas plus que le *concilium*, n'est une assemblée souveraine. Rien n'indique ici que Clovis ait consulté ses soldats, rien n'atteste que le peuple délibère ou discute souverainement sous la présidence de ce roi. C'est une simple revue d'inspection faite au printemps par le roi. Clovis seul agit et a l'initiative.

Sans doute, le roi se servira de ces Champs de Mars pour faire part au peuple des dispositions qu'il a arrêtées. Nous ne sommes pas éloignés de croire même que les trois premiers capitulaires additionnels à la *lex salica* datant de Clovis ont dû être émis par ce roi au cours de pareilles réunions². Mais le roi est toujours considéré comme pouvant, à lui tout seul, mettre en vigueur ses décisions.

Cette institution ne se rencontre plus sous les successeurs de Clovis. Avec l'extension du territoire, il n'était plus possible de convoquer tous les hommes libres : les races, d'autre part, étaient mélangées³ et

¹ *La monarchie franque*, pp. 64-69.

² Les trois premiers capitulaires additionnels à la *lex salica* peuvent être attribués à Clovis (cf. Schröder, *Die Franken und ihr Recht*, Z. S. St., G. A., II, 1881, p. 39, n. 2).

³ Enfin Grégoire de Tours n'eût pas manqué de nous signaler la tenue des champs de mars sous les successeurs de Clovis, si cette institution capitale avait fonctionné régulièrement, car il nous relate l'histoire de son temps dans tous ses détails.

ne pouvaient plus permettre le fonctionnement d'une assemblée nationale.

b) *Les réunions de fonctionnaires laïcs ou religieux.* — A partir de Clovis, nous ne rencontrons plus d'assemblées populaires. Il n'est possible de concevoir la participation du peuple aux affaires publiques que par l'idée de la représentation de ce peuple auprès du roi. Or précisément, au cours du VI^e siècle, nous ne trouvons que des réunions de fonctionnaires ¹.

Le *placitum* est un conseil que le roi consulte sur les affaires du royaume. On y voit surtout des évêques, des comtes, des hommes appartenant à l'administration. Tous ces fonctionnaires sont nommés par le roi et placés sous sa dépendance. Aucun n'est le mandataire du peuple. Chacun a plutôt le devoir de fournir des avis au roi et, en se réunissant, ces fonctionnaires ne font que remplir un devoir de conseil ². D'ailleurs, nul ne figure dans ces conseils en vertu d'un droit. Ils sont composés d'hommes choisis par

¹ Fustel de Coulanges, *La monarchie franque*, pp. 599-630. De là l'influence grandissante de l'aristocratie. Cf. Fahlbeck, *op. cit.*, p. 267 et suiv.; Waitz, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, II, 2^e Abtheilung, 3^e Auflage, pp. 197-198. 215. Le heurt de ces opinions s'explique par le caractère trop absolu de leurs conclusions. Nous n'avons aucun droit constitutionnel écrit; nous sommes en présence de pratiques, d'usages. Aucune loi ne trace le devoir ou le droit de ces assemblées vis-à-vis de la royauté. Il n'y a pas de principe en la matière : il n'y a qu'une question de fait. Tantôt sous un roi autoritaire et puissant, les grands seront tentés d'obéir plus que de commander, tantôt sous un roi faible ou débonnaire, les grands exerceront, en fait, les prérogatives de la royauté.

² Fustel de Coulanges, *op. cit.*, pp. 93. 98. 132. 639.

le roi. Ces conseillers ne sont pas nommés à vie ni pour un temps déterminé : ils sont appelés une fois et peuvent ne pas l'être une autre fois.

Le synode ecclésiastique est une réunion des principaux ecclésiastiques. Il est tenu souvent sous la présidence du roi et par là même l'influence du droit canonique a été considérable sur le droit franc. Mais ces principaux ecclésiastiques ne relevaient pas du peuple : ils n'étaient évêques qu'avec l'agrément du roi et souvent même par sa nomination directe.

Les capitulaires invoqués pour signaler la prétendue présence du peuple au Champ de Mars sont au nombre de deux : l'édit de Chilpéric et la *decretio Childeberti*¹. L'édit de Chilpéric déclare : « Examinant avec soin, au nom de Dieu, avec nos optimates hommes magnifiques, nos antrustions et *tout notre peuple*, il a été convenu... » La mention de ce peuple ne peut signifier l'assemblée de tous les hommes libres du royaume, sinon nous aurions eu d'autres relations d'un fait aussi considérable. Ce ne peut être que la survivance d'une habitude de parler, contractée au temps où le peuple tout entier était réuni. Quant à la *decretio Childeberti*, le passage discuté paraît assez simple : « Comme nous, au nom de Dieu, à toutes les calendes de mars, avons examiné toutes sortes d'affaires avec nos optimates, nous voulons que la connaissance de nos décisions soit portée à tous. » Il n'y a pas d'allusion à une assemblée populaire, ni à

¹ C. 4, c. 1, cf. sur la fiction de la présence du peuple et du *consensus* du peuple *infra*, p. 212 et suiv.

un Champ de Mars. Les calendes de mars sont une date, elles ne sont pas une assemblée. Childebert délibère avec ses optimates. Le peuple ne prend aucune part à ces délibérations : il n'est même pas question de sa présence¹.

Ainsi ces textes n'infirmement en rien les données que nous possédons sur les assemblées du VI^e siècle. Au contraire, ces deux séries de témoignages sont d'accord pour reconnaître au roi et aux fonctionnaires royaux, appelés les grands, le véritable pouvoir à l'exclusion du peuple.

c) *Les assemblées politiques à partir du VII^e siècle.*
— Le synode et le *placitum* exercèrent l'un sur l'autre une grande influence; ils finirent par se fondre en une seule institution. Le roi prit l'habitude de réunir en même temps ces deux conseils : le *placitum* eut un personnel bien plus nombreux, il comprit désormais un grand nombre de ces dignitaires ecclésiastiques venus pour le synode².

¹ C. 7 *principium*.

² Cf. les conclusions intéressantes et documentées de M. Prou, *Hincmar, de Ordine palatii epistola* (texte latin traduit et annoté), bibliothèque de l'Ecole des Hautes Etudes, sciences philologiques et historiques, 58^e fascicule, pp. 72-75. Le champ de mars des Mérovingiens a disparu après Clovis en Neustrie, s'est maintenu en Austrasie en changeant de caractère, c'est-à-dire en devenant aristocratique. Les Carolingiens rapportent d'Austrasie cette institution qui, depuis 755, s'appelle champ de mai, parce que cette assemblée se tenait plus tard, en mai. Cf. les textes suivants : C. 19, c. 12 (*Karoli M. Capitulare primum* 769 vel paullo post) ordonne la tenue d'au moins deux plaids par an : un en été, un autre en automne;

C'est l'origine du *conventus generalis* et des assemblées carolingiennes. Le *conventus* est né de la réunion des fonctionnaires laïcs, du *placitum*, qui se tenait en même temps que les synodes. Cette assemblée, sous les Carolingiens, prend un grand essor. A partir de Charlemagne, l'empereur, bien qu'aucune constitution écrite ne l'y oblige, prit l'habitude de tenir deux assemblées presque toutes les années : une au printemps, où l'on traitait des affaires importantes, une autre, moins nombreuse, en automne, où l'on préparait les affaires à discuter au plaid du printemps¹.

Or la caractéristique de cette assemblée générale consistait dans la présence, à côté des fonctionnaires royaux, d'une escorte. Chaque grand arrivait à l'assemblée avec une suite pour sa sûreté ou pour la dignité de la personne. Cette population était considérable.

Rien n'indique à ces époques une aptitude spéciale du peuple à intervenir dans la confection des capitulaires, concernant la *lex*. Trois motifs sont décisifs en sens contraire.

D'abord, une pareille assemblée n'est pas spécialement franque. Formée à une époque où toutes les races étaient mêlées, elle comprend des hommes de toutes les races. Les ducs et les comtes peuvent être Romains, Francs ou Burgondes. Cette assemblée se

C. 14 *principium* (*Concilium Vernense* 755) se fait l'interprète de la volonté de l'Eglise en décidant la réunion de deux synodes par an : l'un en mars, l'autre en octobre.

¹ Cf. Prou, *op. cit.*, p. 75.

prête mal à l'émission d'un *consensus* des hommes de la race intéressée.

Ensuite une telle réunion n'a rien d'une assemblée vraiment populaire. Dans une assemblée populaire, tous les membres seraient égaux et figureraient au même titre. Ici les populations ne sont venues que sous les ordres de leurs chefs locaux, comtes et évêques. Ce n'est pas un peuple souverain, c'est une foule inférieure et subordonnée.

Enfin le rôle de cette population n'est pas le même que celui des grands. Cette population reste campée dans la plaine qui entoure la demeure royale. Seuls les grands et les évêques entrent dans cette demeure. Or c'est à l'intérieur de cette maison royale et non dans la plaine que les délibérations ont lieu. Aucun document ne montre que le peuple ait délibéré sur un objet quelconque. C'étaient les grands seuls qui traitaient les affaires avec le roi, dans son palais, loin de cette foule¹. Or ces grands n'étaient ni les élus ni les mandataires de cette population : c'étaient des agents et des serviteurs du roi, des conseillers du roi.

Ainsi le *conventus generalis* n'est point une assemblée nationale; il est de caractère composite. La foule présente est une apparence de peuple. Le roi ne la consulte pas : elle ne discute ni ne vote. Le roi profite de la présence de cette population pour lui faire part

¹ Les grands seuls discutent avec le roi, cf. Prou (*op. cit.*, pp. 86-89), relève avec soin tous les témoignages relatifs au rôle des grands dans la confection des capitulaires.

des décisions prises avec les grands ¹. Dans ces conditions, les assemblées politiques carolingiennes ne peuvent pas être l'organe d'émission de la volonté libre du peuple. Le *consensus fidelium* ou le *consensus omnium*, attesté par les capitulaires rendus aux assemblées de cette époque, n'est pas du tout à considérer comme la manifestation d'un droit pour le peuple d'intervenir dans la confection même de la *lex*.

**

Au cours de l'époque franque, les assemblées politiques, que ce soient des assemblées populaires comme les Champs de Mars, des réunions de fonctionnaires, comme les *placita* et les synodes, ou des assemblées générales de fonctionnaires accompagnés de leur escorte, comme le *conventus generalis*, ne sont ni directement ni indirectement l'émanation d'un peuple souverain et ne peuvent par conséquent représenter la volonté de ce peuple ².

¹ Il est inutile de savoir si les grands dominaient le roi ou si le roi était aussi puissant par lui-même que l'empereur romain. C'est une question d'espèce où le tempérament du roi jouait un grand rôle. Cf. par exemple l'assemblée de Bonneuil de 616 où le roi établit ce qu'on lui avait demandé; en 670, Childéric rend les ordonnances dont on lui dicte la teneur. Fustel de Coulanges (*Les transformations de la royauté pendant l'époque carolingienne*, Paris, 1914, p. 84) doit enregistrer au moins ces deux exemples de la domination accidentelle des grands.

² C'est la preuve de l'exactitude sur ce point de la remarque de Fustel de Coulanges, tirée du sens du mot *populus* à l'époque franque et citée *suprà*, p. 170. Cf. dans le même sens Beseler, *Ueber die Gesetzkraft der Capitularien*, 1871, p. 10 et suiv.; Seeliger, *Die Kapitularien der Karolinger*, 1893, p. 49 et suiv.

SECTION II. — L'ASSEMBLÉE JUDICIAIRE LOCALE COMME ORGANE D'ÉMISSION DU « CONSENSUS ».

Mais si les assemblées politiques ne peuvent être l'organe d'émission de la volonté du peuple, le *consensus populi*, si l'on persiste à voir en lui une marque de souveraineté du peuple, pourra, semble-t-il, trouver son expression dans l'assemblée judiciaire locale (*mallum legitimum*) où tous les hommes libres, en vertu d'une longue tradition, se trouvent réunis.

Boretius, personnellement, serait plutôt partisan de l'assemblée judiciaire comme organe d'émission du *consensus populi*. Et cette opinion a le mérite de reposer incontestablement sur un véritable *consensus populi* mentionné par les témoignages de 803¹.

D'après ces témoignages, le peuple tout entier aurait à émettre sa volonté en dehors précisément de l'assemblée politique dans chacune des circonscriptions judiciaires du territoire. Ce serait une sorte de referendum populaire. « Que le peuple, dit Charlemagne dans une instruction à ses *missi*, soit interrogé au sujet des capitulaires qui ont été nouvellement ajoutés à la *lex*, et, après que tous auront consenti,

¹ En effet, cet auteur classe les capitulaires mérovingiens qu'il confond avec le droit territorial dans une catégorie spéciale et remarque que la royauté est conçue à cette époque sur un modèle aristocratique (*Beitraege*, pp. 20-29). Au contraire, pour les capitulaires carolingiens il y a un organe d'émission de la volonté du peuple dans le *mallum*, assemblée judiciaire locale (*Beitraege*, p. 49 et suiv.).

que tous apposent leurs signatures ¹. » Il y a là certainement un *consensus populi* au vrai sens du mot : c'est une manifestation qui est demandée à chacun en particulier. Un autre texte indique formellement le *mallum*, l'assemblée judiciaire, comme l'organe d'émission de cette volonté du peuple ² en nous décrivant même la procédure qui a été suivie à Paris pour faire exécuter l'instruction du roi.

Cependant, il faut bien considérer que la *lex* est déjà faite et instituée avant que le peuple ne soit interrogé ; les capitulaires ont déjà été ajoutés à la *lex*. On ne demande pas au peuple s'il veut que ces capitulaires soient ou ne soient pas : on lui demande s'il veut les observer. Cette interrogation, ce consentement et cette signature ³ n'impliquent pas une discussion populaire de la *lex* : ils dénotent plutôt une certaine obligation pour le peuple à consentir et à affirmer son consentement. C'est ce qui résulte également d'une lettre de Charlemagne à Pépin de 803 où le caractère forcé du *consensus* apparaît ⁴. Ce consen-

¹ C. 40, c. 19.

² C. 39 de 803 (Introduction de Boretius, p. 112).

³ Cf. Fustel de Coulanges (*Les transformations de la royauté pendant l'époque carolingienne*, pp. 473-476) et Seeliger (*Die Kapitularien der Karolinger*, pp. 45-49) le remarquent avec raison.

⁴ C. 103, dernier alinéa. D'autre part, le *mallum* comprend les hommes de toute race, on ne peut pas dire alors que les hommes de la race intéressée seule prennent part à l'élaboration des modifications à apporter à leur *lex*. Le *mallum* ne se conçoit donc théoriquement et d'après le point de vue de Boretius que pour une catégorie de capitulaires : les capitulaires additionnels à toutes les *leges* des peuples de l'Empire franc.

sus, au lieu de précéder la divulgation de la *lex*, la suit et n'a pas d'influence sur sa confection même.

C'est pourquoi l'opinion de Boretius ne rend pas compte des nuances de ces textes, en considérant ce *consensus* comme un vote véritable ayant pour objet l'acceptation ou le refus de ces capitulaires et en faisant de ce *consensus* une sorte de referendum. Elle encourt encore la critique d'être trop absolue : elle prétend, en effet, étendre le sens des témoignages de 803 à tous les capitulaires établissant la *lex* et considérer le *mallum* comme l'organe normal d'émission du *consensus populi*, alors que pas un texte n'autorise une pareille supposition. Nous n'avons, en dehors des témoignages de 803, aucune raison de croire à l'existence permanente d'une pareille procédure pour tous les capitulaires qui ont trait à la *lex*. D'ailleurs, nous savons que le *mallum*¹, par sa nature, n'était pas une assemblée où normalement le peuple affirmait sa souveraineté pour l'administration de la justice. La sentence était même émise par les rachimbourgs qui se trouvaient sous les ordres du comte, le président de l'assemblée judiciaire; elle n'émanait pas du peuple dont le rôle était surtout de contrôler l'application de la *lex* par les rachimbourgs. On ne comprendrait pas, dès lors, la raison pour laquelle le peuple aurait, en matière de législation portant sur la *lex*, un droit de vote et de discussion, alors qu'il en serait privé en matière judiciaire. Cela serait contraire au parallé-

¹ Cf. *suprà* l'organisation du *mallum*, p. 67 et suiv.

lisme existant ordinairement entre la législation et la juridiction.

**

De tous les capitulaires mérovingiens et carolingiens qui mentionnent l'intervention du peuple ou l'existence d'un *consensus* du peuple, seuls les témoignages de 803 font vraiment allusion à une manifestation réelle de la volonté individuelle de chacun des hommes vivant sur le territoire de l'empire franc. Or, nous ne pouvons pas même trouver dans les textes de cette seule année la preuve de l'intervention du peuple dans l'établissement de la *lex*, sous la forme d'un droit de discussion ou d'un droit de vote.

DEUXIÈME PARTIE. — *Le « consensus populi » est un vestige de la « laghsaga ».*

Le *consensus omnium*, le *consensus fidelium* des assemblées politiques, le *consensus populi* de l'assemblée judiciaire locale ne peut pas être interprété comme un droit pour le peuple d'établir lui-même la *lex* dans les capitulaires, sous la présidence du roi ou de ses représentants. Autrement, si l'on adopte une pareille explication, les assemblées soit politiques, soit judiciaires, auxquelles est lié le *consensus*, apparaissent comme absolument incapables d'être l'organe d'émission d'une telle volonté. Il convient de rechercher une autre explication de ce *consensus*.

Nous devons demander des indications à la formation de la *lex* telle qu'elle avait lieu dans la coutume salienne avant l'apparition des capitulaires. Nous y voyons la parfaite continuité du développement interne de la *lex*.

Dans la coutume salienne, la *lex* n'était pas non plus l'œuvre directe d'un peuple votant et délibérant dans une assemblée nationale. Le diseur de droit seul était compétent par son caractère religieux, puis par sa science de la *lex* pour dégager et révéler la *lex*. La déclaration du droit s'appelait *iudicium* et, sauf opposition du peuple, présent tout entier à l'assemblée, devenait la *lex* définitive. Mais le peuple n'avait point un rôle purement passif : il approuvait soit tacitement, soit expressément, parfois il s'insurgeait et réclamait une autre interprétation de la *lex*. Nous trouvons là précisément le *consensus populi*, destiné à assurer volontairement la sanction de la *lex* ainsi révélée, quand la révélation de la *lex* correspondait et répondait à ce qu'il attendait de l'activité du diseur de droit.

Or, dans les capitulaires de l'époque franque, le *consensus omnium, fidelium, populi* n'a pas une autre signification : il n'est ni la marque de la confection de la *lex* par le peuple, ni le signe d'une obéissance imposée au peuple. C'est une sanction tacitement accordée par la population à la *lex* révélée désormais par le roi. Les fonctions du diseur de droit ont passé au roi. Cette opinion résulte des textes eux-mêmes.

C'est ainsi que nous pouvons examiner d'abord les relations du roi avec les diseurs de droit, ensuite les relations du roi avec le peuple, enfin la nature de la décision rendue par le roi. De cette manière, nous suivrons, dans un milieu transformé, la survivance du mécanisme de développement interne de la *lex* et nous marquerons une étape nouvelle de la notion de *lex* chez les Francs.

SECTION I: — RELATIONS DU ROI AVEC LES DISEURS
DE DROIT.

Sans vouloir examiner l'origine de la royauté dans les pays germaniques ¹ avant les invasions, nous pouvons retracer le développement de cette institution à partir du moment où il nous intéresse, c'est-à-dire quand le roi commence à prendre une place dans l'administration du droit.

Le roi intervient d'abord dans l'administration de la justice pour assurer l'exécution de la révélation de la *lex* par le diseur de droit, puis il acquiert progressivement le pouvoir de joindre à cette fonction exécutive la fonction de dire lui-même le droit. Ce sont là deux phases nettement distinctes que nous pouvons retracer dans l'histoire des attributions de la royauté primitive.

¹ Cf. Fahlbeck, *La monarchie et le droit royal francs*, p. 1 et suiv. : Declareuil, *La justice dans les coutumes primitives*, N. R. H., XIII, 1889, p. 195 et suiv.

§ I. — *Le roi exécuter des révélations du diseur de droit.*

Dans l'assemblée judiciaire générale de la tribu, le roi n'a d'abord qu'un rôle effacé. Chez les Germains, le roi, dit Tacite¹, possède une autorité qui n'est ni illimitée ni indépendante. Il préside parfois l'assemblée ou se borne à délibérer avec les chefs de la tribu sur les affaires courantes. Pour les affaires plus graves, l'assemblée est compétente et le roi fait appel à la persuasion et non à son droit de commandement. Au moment de la mise en œuvre de la conférence à laquelle est due l'élaboration de la *lex salica*, le roi n'est pas cité dans le prologue². Cela ne prouve pas que la royauté n'existait pas encore. On peut tout au moins admettre qu'à l'instar des *regales*, le roi n'avait pas encore une autorité personnelle. La *lex* n'était pas son œuvre, ni celle du peuple : elle était l'affaire des prêtres et des diseurs de droit.

Mais peu à peu le roi conquiert une situation de plus en plus puissante au milieu de la collectivité. Au cours de la période sur laquelle s'échelonnent les décisions successives comprises dans la *lex salica*, petit à petit le roi acquiert des attributions de plus en plus nombreuses. Les articles de la coutume salienne, sans nous indiquer naturellement les étapes et l'ordre du développement des pouvoirs du roi, font allusion plusieurs fois au roi. Nous constatons qu'il a hérité

¹ *De origine et situ Germanorum*, c. 7.

² Grand prologue : *Gens Francorum... dictaverunt...* cf. *suprà*, p. 41 et suiv.

des pouvoirs réservés au *concilium* au temps de Tacite : il juge les délits intéressant la collectivité¹. D'autre part, la désobéissance à une simple lettre royale est punie de la même peine que le meurtre. La *lex salica* reconnaît au roi d'autres prérogatives encore : le roi a un bien royal et ceux qui y portent atteinte sont punis plus sévèrement que s'ils commettaient la même action à l'égard des particuliers². Le roi a déjà une administration du pays : il est chef militaire, perçoit les amendes et nomme le comte.

La situation du roi en ce qui concerne l'administration du droit ne nous est guère connue qu'au lendemain des invasions par les capitulaires des premiers rois francs. Cependant, grâce au fonctionnement de la justice chez les Francs Saliens, nous pouvons nous rendre compte par les pouvoirs du comte, agent royal, des pouvoirs du roi lui-même. Or le comte, sous la présidence du *thunginus*, était l'exécuteur pur et simple des révélations de la *lex* faites par les rachimbourgs ou diseurs de droit. La *lex salica* ne lui reconnaît pas une seule fois une attribution pouvant faire supposer qu'il indiquait la *lex*³. L'agent

¹ XVIII, XLVI, LVI. — Pour la désobéissance à une lettre royale, XIV, 4.

² Ainsi pour le rapt d'une jeune fille puni ordinairement de trente *solidi*, la peine est doublée si la jeune fille est sous la protection du roi (*Lex salica* XIII, 1. 6) ; pour le viol d'une esclave puni d'une amende de quinze *solidi*, la peine est doublée si l'esclave appartient au roi (XXV, 4). De même pour le meurtre d'un ingénu placé sous la protection du roi, il y aura lieu à une peine triple (XII, 3 ; XLII, 2).

³ Cf. *suprà*, p. 70 et suiv.

du roi était le justicier de l'assemblée judiciaire près de laquelle il était accrédité. Le roi lui-même, dans la grande assemblée générale judiciaire de la race, ne pouvait être, lui aussi, qu'un exécuteur de la révélation de la *lex* faite dans la conférence annuelle du diseur de droit. Le roi, comme le comte, avait un pouvoir parallèle mais subordonné à celui des diseurs de droit.

§ II. — *Le roi s'approprie le pouvoir de dire la « lex ».*

Evidemment, le roi dut mal supporter l'autorité rivale des diseurs de droit : il ne pouvait aspirer à gouverner le pays que si le pouvoir de révéler le droit était entre ses mains. Aussi dut-il surveiller très étroitement la conférence annuelle des diseurs de droit et, lors de la dislocation de l'assemblée judiciaire générale de toute la race, chercher à affermir son autorité pour conquérir le pouvoir de dire la *lex*. Deux étapes peuvent se distinguer à cet égard : le roi collabore avec les diseurs de droit, puis le roi se substitue finalement à eux.

1° *Le roi collabore avec les diseurs de droit.* — Au lendemain des invasions, les diseurs de droit n'émettent plus en public leurs révélation de la *lex*. Ils sont subordonnés au roi. Le roi seul promulgue les capitulaires qui contiennent la *lex*. Il prend la direction de la *laghsaga* et devient le chef des diseurs de droit. Ceux-ci perdent leur situation indépendante : ils deviennent des fonctionnaires royaux. En Suède, où

était en vigueur le système de la *laghsaga*, le même phénomène se produit : le *laghman* est aux ordres du roi, il travaille sous le commandement du roi¹. Ainsi le roi n'a pas encore le pouvoir de dire la *lex* : il commande seulement à ceux qui seuls ont l'aptitude à révéler la *lex*.

Nous le remarquons à la fois dans trois sortes de témoignages : les uns indiquent l'accès du comte à la présidence de l'assemblée judiciaire; les autres laissent voir l'association du roi avec les diseurs de droit; enfin le droit comparé éveille la même idée.

En premier lieu, l'accès du comte, agent royal, à la présidence de l'assemblée judiciaire locale, le *mallum*, aux lieu et place du *thunginus*, président élu par le peuple, est un fait qui est des plus significatifs. Sous Clovis, en effet², le comte, jusque-là simple exécuteur des décisions des rachimbourgs, prend la direction de l'assemblée judiciaire. Le justicier, détenant la force publique, ne va point, en devenant président, acquérir pour cela l'aptitude à révéler la *lex* : cette mission incombe toujours aux rachimbourgs, seuls compétents en matière de *lex*. Mais, comme président, l'agent royal désormais exercera un droit de surveillance sur les rachimbourgs. C'est lui qui

¹ Beauchet (*Études sur les sources du droit suédois jusqu'au XV^e siècle*, N. R. H., XV, 1891, p. 237) nous montre comment le *laghman* est finalement entré dans le conseil du roi.

² C. 1, additionnel à la *lex salica* (Behrend, pp. 130-137) c. 7, 9. On admet d'une manière générale que le comte à partir du règne de Clovis est devenu président du *mallum*. Cf. Fahlbeck, *op. cit.*, p. 252 et suiv.; Fustel de Coulanges, *La monarchie franque*, p. 372.

devient le personnage principal, le chef de l'assemblée : on pourra dire le *mallum* du comte.

Il est clair que ce changement dans la composition de l'assemblée judiciaire suppose un gros progrès de l'autorité publique. Et, comme depuis la spécialisation de leur organe respectif, juridiction et législation ont suivi une marche parallèle, on ne peut s'empêcher d'admettre que la prise de possession de la présidence de l'assemblée judiciaire locale n'est qu'une répercussion de la place prépondérante prise par le roi à l'égard des diseurs de droit.

Les capitulaires mérovingiens et carolingiens, en second lieu, nous permettent de mettre en relief l'accroissement d'autorité du roi auprès des diseurs de droit.

C'est d'abord le cas des trois premiers capitulaires additionnels à la *lex salica*¹. On est d'accord pour les distinguer du texte de 65 titres qui est la première forme sous laquelle nous apparaît l'état de la *lex salica* et pour voir dans ces textes des capitulaires². Le roi a émis ce complément de la *lex* grâce à la collaboration de ses diseurs de droit, ainsi que l'attestent prologue et épilogues³. Ces textes sont de la *lex*.

¹ C. 1, 2, 3, additionnels à la *lex salica* (Behrend, pp. 130-144). Le deuxième dit notamment : *secundum legem salicam hoc convenit observari* (Behrend, p. 143). Ce sont les termes de la *laghsaga*.

² La démonstration de Pardessus (*Loi salique*, 1843, pp. 415-456) à cet égard est toujours restée probante.

³ Cf. *suprà*, p. 47. Les prologues déclarent que Clovis a amélioré le texte de la *lex*; les épilogues, d'autre part, comptent les titres ajoutés personnellement par Clovis et les titres antérieurs

C'est ensuite le cas de l'édit de Chilpéric où la formule introductive, qui déconcerte Fustel de Coulanges parce qu'elle n'accuse pas l'imitation romaine¹, montre le roi collaborant avec ses optimates, ses antrustions et tout son peuple. Le roi se fait passer pour un diseur de droit en dirigeant les travaux de son conseil de grands. Cet édit est regardé comme le cinquième additionnel à la *lex salica*. Ce texte fait partie de la *lex* : c'est une *lex*. On y lit les termes caractéristiques de la *laghsaga* : *similiter convenit, sic convenit observare, convenit atque placuit*. Ce ne sont point des vocables empruntés au puissant empereur romain qui légifère d'autorité².

La *decretio Childeberti*, dont le début soulève l'étonnement de Fustel de Coulanges³ au même titre que celui de l'édit de Chilpéric, contient quelques dispositions significatives où la révélation du droit paraît distinguée de sa sanction par le roi. Nous lisons les mots⁴ *et ita bannivimus* qui déclarent mettre en œuvre la décision du conseil du roi.

Enfin, en 789, un capitulaire carolingien⁵ laisse

et constatent que la *lex salica*, au temps de ces épilogues, a un nombre de titres supérieurs aux 65 primitifs. Sur ces chiffres qui ne concordent pas toujours entre eux, cf. Schröder, *Die Franken und ihr Recht*, Z. S. St., G. A., II, 1881, p. 39, n. 2.

¹ C. 4. Fustel de Coulanges (*La monarchie franque*, pp. 106-131, n. 1) a tort de négliger ces traces de l'apport germanique.

² C. 4, c. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 11.

³ Fustel de Coulanges, *La monarchie franque*, pp. 108-131, n. 1.

⁴ C. 7, c. 8 : *Similiter Kalendas Marcias convenit, et ita bannivimus... le roi ordonne au comte de réprimer sévèrement les actes de brigandage.*

⁵ C. 22, c. 63.

apercevoir à travers la parole du roi le travail préparatoire des diseurs de droit :

Primo namque iudici diligenter discenda est **lex a sapientibus populo composita**.

comme un autre capitulaire de 801¹ qui déclare :

Cum... multae... quaestiones... discuterentur, pleraque statim..... terminata sunt, quaedam vero in nostri examinis arbitrium ad tempus dilata, quorum iudicialis sententia a **legislatoribus** aut penitus omissa est aut a posteris oblivioni tradita.

Ces deux derniers textes sont d'une importance capitale : les diseurs de droit n'ont pas disparu du tout. Le roi recourt à leurs lumières. La liaison entre la *laghsaga* du diseur de droit primitif et la *laghsaga* du roi est ici nettement attestée.

En troisième lieu, il faut citer les exemples tirés du mode de confection de la *lex* des peuples, soumis à un roi et arrivés au même degré de culture juridique que les Francs. Une des premières manifestations du pouvoir royal à l'égard des diseurs de droit, quand ceux-ci sont devenus des fonctionnaires dépendant de lui, est l'investiture donnée par le roi à ces diseurs de droit pour mettre par écrit la *lex* de leur race. A la place des coutumiers, des livres sans caractère officiel reproduisant les notes écrites que les diseurs de droit prenaient pour leur conférence,

¹ C. 98 *principium*.

les rédactions officielles de la *lex*, entreprises sur l'ordre du roi, sont publiées.

Or la procédure est partout la même. Les rois lombards ont recours à des *iudices*¹, à des *antiqui homines*². Théodoric choisit des *viri sapientes*³. La *lex frisionum*⁴ est l'œuvre des *sapientes*. En Suède, où le mécanisme de la *laghsaga* s'est conservé jusqu'au XII^e siècle, nous constatons que la *lex d'Upland*⁵ est l'œuvre de l'archevêque d'Upsal, Anders And, parue en 1296. Le roi Birger Magnusson chargea le *laghman* Birger Petersson de rechercher, de concert avec les douze personnes les plus sages des trois distincts de l'Upland, l'ancienne coutume et d'y introduire les améliorations nécessitées par le progrès social. L'archevêque d'Upsal consigna par écrit le résultat de cette enquête. De même les *domas* anglo-saxonnes sont l'œuvre des *witan*. Les rois de Kent, Ælthelbirht et Withred, le roi de Wessex Ina, enfin le roi Aelfred révèlent la *lex, consilio sapientium*⁶.

¹ *Liutpr. prolog. de anno XIX* (Leges IV, p. 155).

² *Rothari prolog.*, c. 386 (Leges IV, p. 89).

³ *Prolog. lex Baiwar* (Leges III, p. 259).

⁴ *Lex Frisionum* (Leges IV, p. 682. 688 : additio sapientium ; haec iudicia Saxmundus dictavit.

⁵ Beauchet, *Etudes sur les sources du droit suédois jusqu'au XV^e siècle*, N. R. H., XIV, 1890, pp. 766-773.

⁶ Schmid, *Die Gesetze der Angelsachsen*, 2^e édit., Leipzig, 1858, pp. 26-29. Ces lois sont rédigées en langue germanique ; elles ont peu subi l'influence chrétienne et point du tout l'influence romaine ; Liebermann, *Die Gesetze der Angelsachsen*, I, Text und Uebersetzung, 1903, pp. 3-9, pour Ælthelbirht ; pp. 12-14, Withred ; p. 47 et suiv., pour Aelfred ; p. 89 et suiv., pour Ina. Le préambule des *domas* est à lire. Cf. Amira, *Grundriss des germanischen Rechts* (Grundriss der

Ainsi le roi collabore avec les diseurs de droit. Il les fait travailler sous ses ordres et, tout en apparaissant lui-même au premier plan, il laisse apercevoir à côté de sa propre autorité celle des diseurs de droit.

2° *Le roi se substitue aux diseurs de droit.* — On ne voit plus les diseurs de droit. Le roi n'en fait plus mention dans ses capitulaires. Mais nous savons que ces personnages sont spécialement convoqués pour fixer la *lex*. Désormais le roi se substitue de plus en plus aux diseurs de droit dont il prend la fonction de révéler oralement la *lex*, ainsi qu'il résulte d'une série de témoignages.

C'est le cas d'abord d'un passage de la chronique de Moissac ¹ de l'année 802, qui nous révèle le travail préparatoire des capitulaires émis en 803.

Sed et **ipse imperator** interim quod ipsum synodum factum est **congregavit** duces comites et reliquo christiano populo **cum legislatoribus et fecit omnes leges** in regno suo legi et tradi unicuique homini legem et emendare ubicumque necesse fuit et emendatam legem scribere.

Les hommes experts en *leges*, les diseurs de droit

germanischen Philologie d'Hermann Paul III (2), 1900, p. 74 et suiv.

¹ *Ann. Lauresh.*, 802. *Script.*, I, 39. Cf. Boretius, *Beitraege*, p. 54; Waitz, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, IV, p. 327. L'embarras de Fustel de Coulanges (*Transformations de la royauté pendant l'époque carolingienne*, p. 462, n. 5) et de Seeliger (*Die Kapitularien der Karolinger*, p. 41) est significatif.

sont spécialement nommés à côté des grands, des *duces* et des *comites*. La législation de 803, bien qu'elle ne le mentionne pas, a été préparée par les diseurs de droit. Il s'agissait d'un travail considérable : la révision et le complément des *leges*.

Ensuite le capitulaire de 819¹, — très important, — nous donne la même indication, sans pourtant signaler expressément la présence des *iudices*. C'est le septième et dernier capitulaire additionnel à la *lex salica*. A la lecture on devine, aux mots *omnes iudicaverunt*, que ce sont des jugements abstraits émis par les sages saliens.

Ce capitulaire nous signale une autre particularité digne de retenir l'attention. Les sages saliens ont fait leur travail, mais le roi n'a pas assisté à leurs recherches. Il est dit, en effet, pour la solution d'une question² :

ad interrogationem domni imperatoris reservare voluerunt.

Or un capitulaire de 821³ nous dit, à propos du capitulaire de 819 :

Generaliter omnes admonemus, ut capitula que practerito anno legis salicae per omnium consensum addenda esse censuimus, iam non ulterius capitula

¹ Septième capitulaire additionnel à la *lex salica* (Behrend, pp. 160-162) et dans Boretius, C. 142.

² C. 142, c. 7. Ils réservent la question jusqu'à l'arrivée de l'empereur.

³ C. 143, c. 5.

sed tantum lex dicantur, immo pro lege teneantur.

Il y a eu, dans l'intervalle compris entre les deux capitulaires, une assemblée tenue à Aix-la-Chapelle, où ces jugements saliens, rendus en l'absence de l'empereur, ont été munis de la force juridique *per omnium consensum* et incorporés à la *lex salica*.

Nous nous trouvons, par conséquent, devant des réponses émises d'abord par les sages saliens en 819, pendant l'absence de l'empereur, munies ensuite de la force juridique en 820 et pourvues enfin du titre plus parfait de *lex* en 821.

Bien que les auteurs¹ soient en désaccord sur l'interprétation du texte de 821, nous croyons pouvoir admettre qu'il est une preuve de la substitution, complètement réalisée à cette époque, du roi au diseur de droit. Non seulement le roi révèle la *lex*, mais il la révèle de la même manière que le diseur de droit devant l'assemblée judiciaire générale : c'est-à-dire par la proclamation orale.

¹ Boretius, *Beiträge*, pp. 31-34, qui voit dans le C. 143 une transformation d'un capitulaire *per se scribendum* en capitulaire *legi additum*; Thévenin, *Lex et Capitula*, bibliothèque de l'Ecole des Hautes Etudes, Paris, 1878, 35^e fascicule, p. 137 et suiv.; Seeliger, *Die Kapitularien der Karolinger*, pp. 53-56. Le C. 143 est-il déclaratif ou constitutif du caractère de *lex* attaché au C. 142. Les historiens se le demandent. Or, il est évident que l'objet du C. 142 est la *lex*, puisque les diseurs de droit sont seuls à émettre les révélations de la *lex* sous la forme de *iudicia* abstraits. D'autre part, le C. 142, malgré cela, n'avait pas l'autorité de la *lex*, puisqu'il a fallu un C. 143 pour la lui conférer expressément. Que lui manquait-il ? Rien pour le fond, il était une *lex*; un vice de forme seul peut fournir une explication satisfaisante : l'absence de révélation orale par le roi. C'est preuve que le roi a maintenant qualité pour révéler la *lex*.

Les réponses des sages saliens n'avaient plus autorité par elles-mêmes : ces diseurs de droit ont perdu le pouvoir officiel de révéler la *lex*. Le roi seul désormais a l'aptitude à déterminer la *lex*. Pour que les révélations des diseurs de droit salien eussent la valeur de la *lex*, il eût fallu que le roi, après consultation des diseurs de droit, se les appropriât. Or, en 819, le roi était absent de la salle des délibérations des sages saliens. Ces réponses saliennes avaient ainsi en elles-mêmes un vice de forme : bien qu'étant au fond de la *lex*, elles ne pouvaient pas être tenues pour *lex*.

Sans doute, à Aix-la-Chapelle, l'année suivante, le roi s'appropriä ces réponses saliennes, mais d'une manière telle qu'il ne leur conféra pas encore cette fois le titre officiel de *lex*, puisqu'il fallut une nouvelle décision royale en 821 pour les assimiler à la *lex*. Comment le roi put-il s'approprier les jugements abstraits des sages saliens sans les investir par là même de l'autorité de la *lex*? Une forme spéciale d'appropriation devait probablement être requise pour l'établissement de la *lex* par le roi, et elle n'a pas été suivie. Pour savoir quelle était la forme, alors requise pour la validité de la révélation de la *lex* par le roi, nous devons examiner la manière dont le diseur de droit exerce la fonction de dire le droit. Or le diseur de droit, alors qu'il était un personnage indépendant du roi, émettait oralement les révélations de la *lex* devant l'assemblée judiciaire. L'émission orale par le diseur de droit lui-même était la condition de l'exercice de la fonction de ce diseur de droit. La *lex* était

connue de lui seul et ne pouvait être exprimée que par lui : l'expression orale, primitivement, est le vrai signe de l'authenticité de la source de la *lex*. Dès lors, le roi, en munissant de la force juridique les décisions des sages saliens, n'a pas dû leur donner, en 820, l'expression orale qui eût permis, à cette époque, de faire prendre les jugements abstraits pour une *lex* véritable. Le roi dut se contenter de les faire mettre par écrit, au lieu de les révéler lui-même oralement. Les réponses des sages saliens étaient devenues désormais des capitulaires, des actes royaux, mais n'avaient pas officiellement le vrai signe de la *lex*.

Dans ces conditions, on comprend la raison pour laquelle, en 821, le roi intervient expressément pour conférer le rang de *lex* à ces chapitres nouveaux de la *lex salica* et décider qu'à l'avenir ces capitulaires devraient être tenus pour *lex*. Le roi ne fait que rectifier l'insuffisance de forme qui provenait de l'absence de proclamation orale par le roi des décisions des sages saliens et qui empêchait de considérer cette *lex* comme une *lex*¹.

Ainsi le roi s'est substitué complètement aux diseurs de droit et il leur emprunte leurs travaux et même leur procédé d'émission orale de la *lex*. Cette substitution s'accuse de plus en plus dans l'époque carolingienne : un grand nombre de rubriques de capitulaires attestent que le roi prend en sa personne seule le droit de révéler la *lex*².

¹ Cette explication concilie les deux points de vue de Boretius et de Seeliger, qui sont tout à fait opposés.

² Les rubriques des capitulaires nous montrent que le roi trans-

Mais le meilleur témoignage sur l'attitude du roi en tant que diseur de droit est un passage de l'*edictum Pistense*, rendu en 864 par le petit-fils de Charlemagne. Au temps de Charles le Chauve, l'évolution qui a conduit le roi à prendre les fonctions des diseurs de droit pour devenir le diseur de droit du royaume est depuis longtemps achevée. Aussi cet empereur, faisant allusion à la *lex*, nous déclare-t-il ¹ :

Lex consensu populi fit et constitutione regis.

Ces mots ont tout l'air de nous rapporter un de ces adages, si précieux pour l'histoire du droit parce qu'ils sont chargés de sens sous leur forme condensée. Les historiens ² ont voulu y voir, selon leurs préférences, tantôt la preuve que le droit de faire la *lex* appartient à la nation, tantôt la preuve que le roi seul disposait de ce droit et que le peuple devait obéir à la loi dès que le roi l'avait établie. Leur désaccord provient de ce que des deux termes importants de l'adage ils ne retiennent que le terme favorable à leurs idées. Les germanistes ne font attention qu'au peuple, auquel ils confèrent le droit d'établir la *lex*. Les romanistes ne regardent que la constitution du roi et l'assimilent à la constitution de l'empereur romain.

En réalité, ce passage doit être interprété tel qu'il

forme ces capitulaires en *lex* quand il veut. C. 39, 68, 103, 142, 148, 193.

¹ C. 273, c. 6.

² Boretius, *Beitrag*, p. 11; Fustel de Coulanges, *Transformations de la royauté pendant l'époque carolingienne*, p. 453.

est : tous les mots portent et il est contraire à la méthode historique la plus élémentaire de retrancher le sens de l'un des termes de ce texte, surtout si l'on veut considérer ce texte comme étant un adage. Or, grâce à l'opinion que le roi a hérité de la *laghsaga*, nous donnons à chacun des mots de cette phrase sa pleine signification. La *lex* est faite par l'établissement du roi avec l'assentiment du peuple. La même phrase peut être servie à nouveau, si l'on fait allusion à l'époque où le diseur de droit de l'assemblée judiciaire révélait lui-même la *lex* avec l'assentiment du peuple : il n'y a qu'à substituer au mot roi le terme diseur de droit. Il fallait donc, dans un cas comme dans l'autre, que la *lex* fût dégagée et révélée par une autorité, morale chez le diseur de droit, effective chez le roi, et que l'assentiment tacite du peuple, l'approbation des mœurs, donnât à la *lex* toute sa portée.

Ainsi le roi se présente comme l'héritier des fonctions du diseur de droit. Cette remarque, tout en conciliant les théories opposées des germanistes et des romanistes, a le mérite de résulter de l'interprétation littérale des textes. Le développement interne de la *lex* se poursuit entre les mains du roi de la même manière qu'il se poursuivait entre celles du diseur de droit de l'assemblée judiciaire primitive.

SECTION II. — LES RELATIONS DU ROI EN TANT QUE DISEUR DE DROIT AVEC LE PEUPLE.

Si le roi tient du diseur de droit primitif l'aptitude à révéler la *lex*, le peuple devrait se trouver, vis-à-vis

du roi, dans la même situation que vis-à-vis du diseur de droit. Il n'en est pourtant pas tout à fait ainsi.

Dans l'assemblée générale de la race, le peuple exerçait un contrôle sur la révélation de la *lex* par le diseur de droit. Le droit de discussion, de délibération ou de vote n'était pas encore accordé au peuple de ces temps primitifs. La découverte de la *lex* échappait à la compétence du peuple. La sanction de la *lex*, une fois révélée par le diseur de droit, regardait seule le peuple. L'assemblée générale du peuple pouvait s'insurger contre la révélation du diseur de droit, si cette révélation était par trop contraire à ses sentiments; mais généralement elle approuvait et la plupart du temps tacitement la *lex* révélée. Ce consentement du peuple avait une importance juridique capitale : il n'était pas autre chose qu'une promesse d'observation tacitement consentie et représentait le seul moyen d'assurer la sanction de la *lex*.

Au seuil de l'époque franque, dès le moment où nous constatons l'apparition des capitulaires, le cadre primitif de la *laghsaga* se transforme. D'une part, l'assemblée générale de la race se disloque par suite de l'extension du royaume franc : le peuple ne peut plus venir assister aux assemblées politiques de l'époque franque ni, par conséquent, se prétendre en état d'émettre un *consensus* au moment de la révélation de la *lex* par le roi. D'autre part, le chef de la collectivité, le roi, succède peu à peu au diseur de droit, dont il se fait d'abord l'allié avant d'usurper ses fonctions. Le peuple alors se trouvera devant une autorité

royale qui dispose à la fois de la force publique pour faire respecter la *lex* et du pouvoir de révéler la *lex* elle-même.

Cette double modification de chacun des deux organes primitifs de la *laghsaga* finit par affaiblir de plus en plus le caractère volontaire de cette promesse d'observation que constitue le *consensus* et par rapprocher en fait, sans toutefois théoriquement le confondre avec elle, le *consensus* de l'obéissance. C'est ce que nous révèle l'étude des textes concernant soit les assemblées politiques, soit les assemblées judiciaires locales.

§ I. — *Dans les assemblées politiques de l'époque franque le « consensus » du peuple ne peut être qu'une fiction.*

Avec l'extension du royaume, l'assemblée générale de tous les hommes libres de la race disparaît. Les Champs de Mars tombent en désuétude sous Clovis. Le peuple n'assiste plus aux assemblées politiques. Cet éloignement qui s'est produit entre le roi et le peuple a profité aux grands qui délibèrent et discutent avec le roi dans les assemblées politiques. Le roi se contentera de notifier au peuple les décisions prises. Dans ces conditions, le *consensus* du peuple semble bien n'être qu'une fiction au même titre que la prétendue présence du peuple. Le maintien de la terminologie ancienne et des formes de révélation de la *lex* se présente comme une survivance dans un état social

nouveau de termes et de formes créés pour un état social ancien, profondément différent. Le caractère fictif du prétendu *consensus* du peuple se constate aisément.

PREMIÈRE SUBDIVISION. — *Le « consensus » n'émane plus du peuple tout entier.*

Ce qui démontre le caractère théorique du *consensus*, c'est l'absence de relations entre le *consensus* et la présence réelle du peuple du royaume à l'assemblée politique où s'établit le capitulaire additionnel.

1° *Le « consensus » existe alors que l'élément populaire n'existe pas.* — C'est ainsi que nous constatons l'existence des capitulaires additionnels à une *lex* dans des siècles où le peuple, même partiellement, n'était pas présent aux assemblées politiques. C'est le cas des décisions rendues entre le moment qui suivit la disparition des Champs de Mars et celui qui coïncida avec l'apparition des grandes assemblées politiques de la fin de l'époque mérovingienne. Au vi^e siècle, seuls les fonctionnaires royaux se rendaient aux assemblées. Et pourtant Chilpéric, dans son édit¹ qui se présente comme additionnel à la *lex salica*, se sert pompeusement des termes généraux anciens qui peuvent, si l'on n'y réfléchit, suggérer l'idée d'une assemblée de tout le peuple du royaume franc¹. Il est

¹ C. 4. Pertractantes in Dei nomen cum viris magnificentissimis optimatibus vel antrustionibus et **omni populo nostro convenit...** Seuls les grands ont délibéré avec le roi. Les termes *convenit, placuit* s'appliquent à présent aux grands.

évident que l'on ne saurait parler ici d'un *consensus* du peuple franc, puisque le peuple franc lui-même n'était pas présent à cette assemblée. La fiction est évidente.

2° *Absence de rôle actif de l'élément populaire.* —

Si nous passons à l'époque où commencent à apparaître les grandes assemblées politiques, nous remarquons aux portes de l'assemblée la présence des escortes qui, à l'aller, ont accompagné chacun des grands et s'apprêtent, dès la fin de la réunion, à les suivre sur le chemin du retour. Mais les grands seuls délibèrent et discutent avec le roi. Quant aux escortes, elles ne sont pas le peuple entier du royaume et n'exercent aucune influence sur l'établissement de la *lex*.

C'est à tort, en effet, que Boretius¹ a prétendu attribuer au peuple l'activité même des grands réunis auprès du roi en citant un capitulaire de 873 et un autre de 801-813. Le premier dit² :

Capitula... quae **fideles nostri** in generali placito conservanda decreverunt.

Ce texte fait allusion aux capitulaires de 818-819

¹ Boretius (*Beitraege*, p. 59). Nous laissons de côté les deux capitulaires saxons (c. 26 et 27) qui mettent en œuvre le *concilium* saxon. Comme le *concilium* a disparu chez les Francs, nous ne pouvons suivre Boretius et raisonner sur une institution qui ne se rencontre plus dans le centre de l'Empire franc. Nous ne voulons pas substituer les données du droit saxon à celles du droit franc. Ce serait un usage abusif et maladroit du droit comparé. (Cf. *suprà*, p. 175.)

² Leges I, p. 521, c. 8.

émis par Louis le Débonnaire. Or le terme *fideles nostri* n'a pas le sens général de peuple entier du royaume. Une pareille expression concerne seulement les fidèles du roi, les grands. S'il peut être question d'un *consensus*, c'est de celui des grands présents à l'assemblée. De même le capitulaire de 801-813 est invoqué bien à tort pour tenter de démontrer l'existence d'une activité spéciale du peuple¹ :

Karolus... cum episcopis, abbatibus, comitibus, ducibus **omnibusque fidelibus** christianae ecclesiae cum consensu consilioque constituit ex lege Salica... capitula ista in palatio Aquis, ut unusquisque fidelis iustitias ita faceret : qui et ipse manu propria firmavit capitula ista, ut **omnes fideles** manu roborare studuissent.

Seuls les grands, réunis à Aix-la-Chapelle en assemblée près du roi, donnent leur consentement. Il n'est pas question de peuple. La marque d'engagement exigée par le roi en échange de son engagement personnel ne peut se bien comprendre, d'ailleurs, que si elle est demandée aux grands².

Au contraire, la présence de l'escorte qui accompagne chaque grand est expressément mentionnée sous le nom de *populus*. Mais aucun des textes qui y font allusion n'attribue à cette population une activité spéciale pour l'établissement de la *lex*. C'est ainsi que le

¹ C. 77 *principium*.

² Seeliger, *Die Kapitularien der Karolinger*, pp. 42-44.

témoignage de 802 cite la présence du prétendu peuple à la grande assemblée politique de cette année ¹ :

... congregavit duces comites et **reliquo christiano populo**.

De même, une version du préambule d'un capitulaire additionnel de 818-819 rapporte le passage suivant ² :

Incipiunt capitula quae domnus Hludowicus... cum universo coetu **populi** a Deo sibi commissi, id est cum venerabilibus episcopis et abbatibus atque comitibus vel cum **reliquo populo** in Aquisgrani palatio promulgavit...

Le roi ne veut pas dire qu'à part les grands tout le reste de la population du royaume est venu à l'assemblée; il veut encore bien moins signifier que le peuple a un pouvoir indépendant de celui des grands et du roi. La mention du reste du peuple est très vague et revêt un caractère accessoire.

Le capitulaire de 817, connu sous le nom de l'*Ordnatio imperii* ³ est tout à fait caractéristique du grand écart existant entre la chose et son expression :

¹ *Ann. Lauresh.*, 802. *Script.*, I, 39.

² C. 139, dans préface de Boretius (I, p. 280).

³ C. 136 *principium*. Notons que Boretius (*Beitraege*, p. 55 et suiv.) se met en contradiction avec sa propre théorie des capitulaires. Pour ce célèbre historien, la mention du peuple fait toujours présager l'existence nécessaire d'une procédure de confection spécialement réservée aux seuls capitulaires additionnels. Or, ici ce capitulaire, bien que citant nettement le *populus*, n'est pas classé par cet historien

Cum nos... Aquisgrani palatio nostro more solito sacrum conventum et **generalitatem populi nostri...** congregassemus... actum est, ut et nostra et **totius populi nostri** in... Hlutharii electione vota concurrerent Itaque..... placuit et **nobis** et **omni populo nostro...**

Il est clair que, malgré la généralité des termes employés, la population qui sert d'escorte à chaque grand est seule visée sous les termes *omni populo nostro, totius populi nostri, generalitatem populi nostri*. Il ne viendrait à l'esprit de personne de soutenir que le peuple entier du royaume s'est transporté sur les lieux désignés pour la tenue de cette assemblée politique. Il s'agit de la suite de chacun des grands. D'autre part, seuls les grands prennent part à l'élection. La population ne joue qu'un rôle accessoire : elle reste dehors et attend la fin des délibérations pour acclamer, s'il y a lieu, la décision des grands et sa-

dans les additionnels. Boretius est victime lui-même de l'excessive rigidité de ses critères pour caractériser tel ou tel capitulaire. Le dilemme suivant se pose à Boretius : ou bien la mention du *populus* évoque bien l'idée d'une procédure distincte de l'assemblée politique et réservée au peuple : dans ce cas, on ne comprend pas que le capitulaire C. 136 fasse exception ; le peuple élirait le roi à son tour. Ou bien la mention du *populus* dans le C. 136 n'implique point l'existence d'un rouage populaire distinct de l'assemblée politique et n'empêche pas les grands d'exercer la seule véritable et décisive activité, alors on ne comprend pas que les autres mentions du *populus*, relevées à propos des capitulaires additionnels, aient le sens d'allusion à une procédure populaire à part. La présence du peuple, en un mot, est-elle spéciale à la confection des capitulaires additionnels ou bien est-elle une marque commune à l'établissement de tous les capitulaires, quels qu'ils soient ?

luer le roi nouveau. Cela n'empêche pas de dire ensuite que le peuple a été unanime à reconnaître Lothaire pour roi. L'essentiel est de ne pas se méprendre sur le sens véritable de ces expressions générales.

3^o *Identité de l'organisme d'émission pour tous les capitulaires.* — Mais ce qui certainement achève de caractériser la nature du *consensus* de cette sorte de peuple, c'est l'existence d'un seul et même organisme politique pour l'émission de tous les capitulaires, que ceux-ci soient ou non revêtus du *consensus* du peuple ¹. Ainsi la législation de 818-819, tout aussi bien que celle de Worms de 829, comporte à la fois des capitulaires additionnels aux lois, munis, selon Boretius, du *consensus* et des capitulaires que cet historien regarde avec raison comme devant être, au contraire, émis d'autorité par le roi ². Or, en 818-819 comme en 829, la même assemblée politique a été compétente pour l'établissement de ces capitulaires. Ce qui est décisif à relever, c'est que les textes additionnels aux lois, et par conséquent pourvus du *consensus* du peuple, ne sont pas émis dans des assem-

¹ Très juste nous paraît l'observation de Beseler (*Ueber die Gesetzeskraft der Capitularien*, Festgabe für G. Homeyer, 1871, pp. 9-13), Seeliger (*Die Kapitularien der Karolinger*, München, 1893, pp. 50-53) et Fustel de Coulanges (*La monarchie franque*, pp. 111-112; *Les transformations de la royauté pendant l'époque carolingienne*, p. 356 et suiv., 453 et suiv., 476 et suiv.) qui constatent que l'assemblée politique carolingienne était compétente pour connaître les capitulaires additionnels et les capitulaires *per se scribenda*. Aucun mode spécial de confection pour les capitulaires additionnels ne nous est attesté.

² C. 137 et suiv., C. 191 et suiv.

blées politiques autres que celles qui servent à la proclamation des capitulaires exclusifs, par leur nature, de tout *consensus* de ce peuple.

La conclusion apparaît toute naturelle : une fois terminées les délibérations du roi et des grands, la population, qui est restée aux portes de l'assemblée, reçoit indistinctement communication de toutes les sortes de capitulaires. La teneur des capitulaires est arrêtée par les grands et par le roi : le peuple n'intervient pas dans la confection des capitulaires. Seulement le *consensus* de ce peuple pourra ou non s'ajouter suivant les cas. S'il ne s'ajoute pas, c'est que le peuple se trouve en présence d'un pur acte d'autorité du roi et ne peut qu'obéir. S'il s'ajoute à la proclamation royale du capitulaire, il revêt les mêmes formes extérieures que l'obéissance passive. Le *consensus* du peuple, loin de précéder, suit en réalité la divulgation de la norme juridique et, comme il est la plupart du temps tacite, il ne se distingue pas extérieurement de l'obéissance. On ne peut donner du *consensus* de cette population une autre définition que celle d'une promesse d'observation tacitement consentie en faveur du capitulaire. C'est déjà la définition du *consensus* du peuple de l'assemblée générale de toute la race¹.

¹ Cf. Schröder (*Neuere Forschungen zur fränkischen Rechtsgeschichte*, *Historische Zeitschrift*, 43. Band, München, 1897, pp. 224-238), étudie le *consensus populi* signalé dans les *capitula legibus addenda*. Cet historien célèbre de l'époque franque met, avec raison, la *lex* en parallèle avec les *capitula legibus addenda* comme Bore-

DEUXIÈME SUBDIVISION. — *Le « consensus » s'altère en présence de l'autorité royale du diseur de droit.*

Mais le *consensus* de cette population de l'assemblée politique, bien qu'étant de même nature que le *con-*

tius, mais attribuée au *consensus populi*, trait caractéristique à la fois de la *lex* et du capitulaire additionnel, la signification d'une promesse d'observation tacite émise par le peuple et ayant la même nature que cet assentiment la plupart du temps tacite de tous les hommes libres du *concilium* primitif, *allthing* scandinave, assemblée générale de la race (cf. Schröder, *op. cit.*, pp. 229-230) où la *lex* était élaborée à l'aide des révélations du diseur de droit. Déjà Schröder (cf. *suprà*, p. 62) avait marqué dans une note très courte l'analogie de la *laghsaga* scandinave et de la procédure de formation de la *lex salica*, telle qu'elle résulte du prologue de la *lex salica*. Nous sommes arrivé, à la suite de nos réflexions, aux mêmes résultats que cet auteur : nous avons la conviction que le *consensus* du peuple, dans les capitulaires et à l'origine de la *lex salica*, est de même nature que le *consensus* décrit si nettement dans les anciens droits germaniques du Nord, en général. Seulement nous dépassons volontairement les conclusions de Schröder, en déclarant que le *consensus populi* à l'époque franque est une fiction, une survivance de la *laghsaga* primitive dans un milieu social transformé, à la fois par l'extension du territoire des Francs et par l'immixtion du pouvoir royal dans la révélation du droit. Pour n'avoir pas aperçu ce caractère fictif du *consensus* du peuple à l'époque franque, Schröder éprouve des difficultés à définir la nature des *capitula legibus addenda* et ne sait au juste si, au point de vue de la confection des capitulaires, les *capitula legibus addenda* doivent faire une classe à part conformément à la théorie de Boretius. Au contraire, la confrontation des textes relatifs au *consensus* du peuple avec les témoignages concernant l'histoire des assemblées politiques de l'époque franque nous permet de résoudre nettement cette question. Ce n'est pas dans les modes d'établissement que nous reconnaissons la véritable différence qui sépare les capitulaires additionnels des autres capitulaires. Les additions aux *leges* réalisées par les ordonnances des rois francs ne nécessitent point une procédure supplémentaire qui serait réservée au peuple. Les assemblées politiques sont compétentes pour connaître de tous les capitulaires, quels

sensus de tous les hommes libres de la race, se sépare de celui-ci sur plus d'un point. Déjà la compréhension du mot *populus* a considérablement varié : la source d'où émane le consentement ne correspond plus au peuple de toute la nation. Mais ce n'est pas tout. Le *consensus* du peuple, au cours de l'époque franque, revêt encore un caractère tout particulier : il s'altère et se déforme profondément en présence de l'autorité du roi.

Originellement, avant l'intervention du pouvoir royal dans la révélation de la *lex*, au temps de l'assemblée générale de la race, le *consensus* du peuple était purement et uniquement volontaire : il assurait la sanction de la *lex*. Le diseur de droit révélait la *lex* et le peuple, par son *consensus*, ordinairement tacite, vivifiait la révélation, se l'appropriait, entendait la reconnaître pour *lex*. La sanction de la *lex* dépendait uniquement de la volonté du peuple.

Au contraire, lorsque le chef de la collectivité eut absorbé à son profit la fonction du diseur de droit, il y eut, en la personne du roi, cumul de deux fonctions jusque-là indépendantes. La *lex* révélée par le roi n'eut plus besoin désormais de la volonté du peuple pour entrer en vigueur. Le roi disposait à la fois de

qu'ils soient. Le caractère *fictif* du *consensus* de cette sorte de peuple apparaît alors tout naturellement à lui. En faisant ressortir le caractère de fiction que présente le *consensus* du peuple, nous croyons éviter de donner prise aux critiques soit des germanistes, soit des romanistes, et nous pensons ainsi présenter à ces deux groupes d'historiens un moyen de concilier leurs doctrines.

la force publique pour faire respecter la *lex* et de l'aptitude à découvrir la *lex* pour la révéler. La *lex* est objective, impersonnelle, indépendante de la volonté du roi ou des individus : la révéler, c'est faire œuvre d'interprète d'accord avec le *consensus* de la population, c'est se mettre en harmonie avec les sentiments du peuple. La protection de la *lex* une fois révélée dépend du roi seul : faire respecter la *lex* c'est faire acte de chef et exiger sans plus l'obéissance du peuple. Le roi n'a pas besoin de la volonté du peuple pour assurer la sanction de la *lex* : il impose au peuple la *lex*. C'est à cause de l'autorité nouvelle de celui qui, désormais, exerce la fonction de révéler la *lex* que le *consensus* du peuple prend désormais ce caractère hybride qui tient à la fois du consentement libre et de l'obéissance imposée.

Et même ces deux fonctions de dire la *lex* et de la faire respecter ne restent pas toujours en parfait équilibre et, pratiquement, le peuple devra consentir bon gré mal gré à l'observation de la *lex*. C'est pourquoi le roi présume la plupart du temps l'acceptation facile du peuple pour l'établissement de la *lex* nouvelle. En communiquant les capitulaires à cette population de l'assemblée politique, le roi invoque souvent, en plus du consentement des grands qui seuls ont discuté avec le roi, le consentement de cette population qui l'écoute maintenant. C'est, de la part du roi, une manière d'anticiper sur l'assentiment du peuple pour se donner plus d'autorité et enlever à cette population la tentation de désapprouver les capitulaires

ainsi portés à sa connaissance. Le roi délibère avec les grands et pense, après tout, que le peuple n'a qu'à promettre d'observer la *lex* ainsi révélée, c'est-à-dire à consentir et même à obéir. Aussi en vient-il pratiquement à associer le consentement du peuple, théoriquement si différent, à l'obéissance du peuple. C'est ce que nous lisons dans une lettre de 806-810 adressée par Charlemagne à son fils Pépin, roi d'Italie, à propos de l'inobservation des capitulaires additionnels de 803¹ :

Audivimus etiam, quod quedam capitula quae **in lege scribi** iussimus per aliqua loca aliqui ex nostris ac vestris dicunt, quod nos nequaquam illis hanc causam ad notitiam per nosmetipsos conductam habeamus, et ideo **nolunt ea oboedire nec consentire neque pro lege tenere**. Tu autem nosti quomodo vel qualiter tecum locuti fuimus de ipsis capitulis, et ideo monemus tuam amabilem dilectionem, ut per univsum regnum... **ea nota facias et oboedire** atque implere praecipias.....

Le *consensus* du peuple devient purement théorique : il s'altère et se déforme de plus en plus en présence de l'autorité royale du diseur de droit.

Ainsi le *consensus* du peuple, au cours de l'époque franque, n'est plus qu'une fiction. Le peuple n'assiste plus aux assemblées politiques : il ne saurait dès lors y être question d'un *consensus* de ce peuple. Ce n'est qu'à

¹ C. 103, dernier alinéa.

partir des derniers Mérovingiens qu'une sorte de population fait son apparition aux assemblées politiques. Cette population se compose uniquement des escortes de serviteurs qui viennent accompagner les grands jusqu'aux portes de l'assemblée : elle n'est par conséquent pas le peuple tout entier. De plus, cette population ne participe point aux débats. Les grands seuls délibèrent avec le roi. Une fois clos les travaux de l'assemblée, le roi proclame à cette population ses décisions et révèle notamment la *lex*, s'il y a lieu. Cette foule, comme jadis le peuple de l'assemblée générale de la race, émet un *consensus* ordinairement tacite et promet ainsi tacitement d'observer la *lex* révélée. Mais, comme le diseur de droit n'est autre que le roi et qu'à ce titre il dispose de la force publique pour faire respecter la *lex* révélée, le *consensus* de cette population perd toute sa raison d'être, qui était d'assurer la sanction de la *lex* et, tout en étant théoriquement tout différent de l'obéissance, finit par se confondre pratiquement avec elle. La fiction du *consensus* du peuple nous fournit ici la preuve que le souvenir d'un cérémonial survit d'ordinaire longtemps à la conscience de sa signification originelle.

§ II. — Au « *mallum legitimum* » le « *consensus populi* » est une promesse d'observation de la « *lex* ».

Les témoignages de 803 supposent précisément l'existence de la fiction du *consensus* du peuple dans

l'assemblée politique et nous indiquent les remèdes pris par le roi pour en diminuer les inconvénients. Ces textes font allusion à un *consensus populi* émis cette fois réellement par le peuple entier du royaume, en dehors de l'assemblée politique, dans chacune des assemblées judiciaires locales réparties sur toute l'étendue du territoire. Ils sont au nombre de deux.

Le premier est une instruction de Charlemagne à ses *missi* d'avoir à présenter les capitulaires additionnels de 803 au peuple lui-même ¹ :

Ut populus interrogetur de capitulis quae in lege noviter addita sunt; et postquam omnes consenserint, subscriptiones et manufirmationes suas in suis capitulis faciant.

Le deuxième nous décrit la procédure qui a été suivie dans le ressort de Paris au *mallum legitimum* pour obtenir le *consensus* du peuple ² :

Sub ipso anno haec capitula facta sunt et consignata Stephano comiti, ut haec manifesta fecisset in civitate Parisius mallo publico et ipsa legere fecisset coram illis scabineis; quod ita et fecit. Et omnes in uno consenserunt, quod ipsi voluissent omni tempore observare usque in posterum; etiam omnes scabinei, episcopi, abbatis, comitis manu propria subter firmaverunt.

¹ C. 40, c. 19.

² C. 39, dans la préface de Boretius (I, p. 112).

Ces textes supposent que les capitulaires sont écrits. Le comte qui préside le *mallum legitimum* donne lecture de leurs dispositions aux grands et au peuple. Les grands émettent leur *consensus* en apposant leurs sceaux sur les capitulaires, et le peuple en mettant la main sur les textes comme signe de la promesse de les défendre à main armée. De cette manière, tous les hommes libres de la circonscription judiciaire, sans exception, avaient connaissance des capitulaires¹.

La thèse germaniste comme la thèse romaniste sont encore en conflit à propos de ces textes. Boretius² considère ces témoignages comme la démonstration même de la participation directe du peuple, réuni dans chaque *mallum* sur toute l'étendue du royaume, à la confection même de la *lex*. Le peuple peut discuter, délibérer et voter sur l'admission ou sur le rejet des additions à sa *lex*, que lui soumet le roi. Il y aurait ici une sorte de referendum. Et même on peut, selon cet historien, admettre que ces textes de 803 sont l'expression de ce qui se passait chaque fois que le roi voulait développer la *lex* du peuple, si bien que les termes *consensus fidelium, omnium*, mentionnés

¹ Le *mallum legitimum* a été choisi à dessein : car c'est le seul qui, sous Charlemagne, réunisse obligatoirement tous les hommes libres de la circonscription judiciaire. Nous savons que le *mallum indictum*, au contraire, ne comprenait plus que le comte et les scabins. La dispense de l'obligation d'assister au *mallum indictum*, qui fut accordée aux hommes libres de la circonscription, donna un caractère administratif au *mallum* convoqué (*indictum*). Cf. *suprà*, p. 100.

² Boretius, *Beitraege*, p. 56 et suiv.

sans plus dans les capitulaires additionnels aux lois, doivent être une allusion à un *consensus* émis par le peuple en dehors de l'assemblée politique, dans le *mallum*¹. Pour Fustel de Coulanges, qui part de l'idée de l'omnipotence législative du roi, le *consensus populi* suppose ici la promulgation des capitulaires au peuple et fait ressortir l'obéissance passive du peuple envers le roi, même en cas de modification de sa *lex*. Le peuple franc ne compte pas plus devant son roi que le peuple romain devant son empereur².

Le heurt de ces deux opinions peut, croyons-nous, être ici encore évité, mais sous condition de ne pas chercher dans ces textes une justification de tel ou tel système sur les droits respectifs du peuple et du roi dans le cours de l'époque franque. Il suffit, avant de procéder à l'analyse minutieuse du caractère du *consensus* émis par le peuple dans l'assemblée judiciaire locale, de rechercher les motifs qui ont pu nécessiter la tenue spéciale du *mallum legitimum* pour la publication des capitulaires additionnels.

¹ Remarquons que, pour Boretius, le *mallum legitimum* semble être le véritable organe d'émission de tous les capitulaires additionnels. Or, outre que rien n'autorise à étendre ici le sens de témoignages qui ne visent qu'une année, il faut noter que ce *mallum*, même au point de vue de Boretius, ne peut servir d'organe d'émission à toute une catégorie de capitulaires additionnels, les capitulaires additionnels à une seule *lex*, puisque, selon Boretius, seuls les hommes de la race intéressée peuvent approuver la modification à leur *lex*. Or, ici dans le *mallum* toutes les races sont mélangées. Le *mallum* ne peut, à la rigueur, être alors utilisé que pour les capitulaires additionnels à toutes les *leges*.

² Cf. *suprà*, pp. 167-170.

PREMIÈRE SUBDIVISION. — *Motifs d'une tenue spéciale du « mallum legitimum ».*

La tenue du *mallum legitimum* suppose la réunion préalable de l'assemblée politique au cours de laquelle ont été établis, en 803, les capitulaires additionnels, et elle s'explique comme une tentative de réaction de la part du roi contre l'oubli de ses capitulaires.

Les capitulaires établis par le roi, d'accord avec ses grands, puis proclamés à haute voix par le roi à cette foule de serviteurs restée à l'écart des délibérations, n'étaient pas connus du vrai peuple du royaume. Le *populus*, présent à l'assemblée politique carolingienne, se composait en réalité d'une foule de serviteurs venus pour accompagner, à l'aller comme au retour, les grands qui devaient se rendre aux assemblées. Il n'était point le peuple. Les capitulaires pouvaient, par conséquent, être émis devant lui et rester inconnus de la masse du peuple répartie sur l'ensemble du territoire de l'empire franc.

L'ignorance dans laquelle se trouvait le peuple vis-à-vis des décisions royales de toute sorte provenait de l'éloignement qui s'était produit entre le roi et son peuple, lors de la dislocation de l'assemblée générale de la race. Sans doute, entre ces deux puissances, les grands étaient apparus et coopéraient avec le roi pour l'administration de l'empire. Par l'intermédiaire des grands, le roi faisait connaître au peuple ses décisions. Une fois rentré dans ses foyers, chaque grand publiait au peuple de sa circonscription les résolu-

tions arrêtées par le roi d'accord avec les grands à l'assemblée politique. Mais le roi était à la merci des grands. Si ceux-ci se montraient indépendants du roi et s'abstenaient de faire connaître au peuple les volontés du roi ou bien en donnaient incomplètement connaissance, le roi était prisonnier de l'intermédiaire obligé des grands et le peuple ne pouvait observer des capitulaires qu'il ne connaissait pas dans leur teneur exacte.

Aussi, en 803, comme il s'agissait de capitulaires additionnels particulièrement importants, le roi chercha-t-il un moyen d'entrer directement en relations avec tout son peuple pour lui faire connaître les modifications apportées aux *leges*. Il utilisa l'institution du *mallum legitimum*, seule assemblée judiciaire où tous les hommes libres de la circonscription judiciaire, sans exception, aient encore l'obligation de se rendre. La réunion du peuple dans chacune de ces assemblées judiciaires, réparties sur toute l'étendue du territoire, répondait tout à fait au but cherché. Le roi faisait publier par le comte, dans chaque *mallum*, ses capitulaires et demandait au peuple d'affirmer sa volonté de les observer.

Cette procédure fait naturellement penser — il est étonnant qu'on ne l'ait point remarqué déjà — à celle qui était employée pour recueillir, sur l'ensemble du territoire, les prestations du serment de sujétion à l'égard du roi. Nous possédons, dans le formulaire de Marculfe, le texte de l'instruction qui était envoyée, sous les Mérovingiens, aux fonctionnaires pour faire

procéder à cette vaste opération dans tout le royaume¹ :

Dum nos una cum consensu procerum nostrorum in regno nostro glorioso filio nostro regnare praecepimus, jubemus **ut omnes pagenses vestros**, tam Francos, Romanos vel reliqua natione degentibus, bannire et locis congruis per civitates, vicos et castella, **congregare faciatis, quatenus**, praesente misso nostro illo quem ex nostro latere illuc pro hoc direximus, fidelitatem filio nostro vel nobis et leode et samio per loca sanctorum vel pignora quae illuc per eundem direximus, **debeant promittere et conjurare**.

A défaut de la formule même du serment de sujétion, nous avons là tous les traits caractéristiques de l'opération : le délégué royal, parti du palais, parcourt les provinces et porte avec lui des reliques pour que le serment ait la plus grande valeur possible. Les gouverneurs des provinces sont avertis ; au jour fixé, toute la population libre du canton est réunie et, en présence du fonctionnaire royal, chacun jure bon gré mal gré d'être et de rester fidèle au nouveau roi.

Le serment de sujétion présente les mêmes caractères que le serment dont il est question en 803. Tous deux sont universels en ce sens que tous les hommes libres doivent le prêter sur toute l'étendue du terri-

¹ Marculfe, I, 40 ; Rozière, n° 1. Cf. sur le serment de sujétion devenu peu à peu, sous les Carolingiens, un serment de fidélité, Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, II, pp. 57-67.

toire, sans distinction de race ni de condition sociale. Tous deux sont ensuite individuels et précis : chaque homme jurait fidélité à tel roi nommément désigné ou à tels capitulaires expressément indiqués. Tous deux enfin ont l'air d'être à la fois consentis par le peuple et imposés par le roi et sont une promesse de reconnaître tel roi pour le sien ou d'observer comme *lex* telle révélation de *lex* faite par le roi. Que ce soit envers la personne du roi ou bien envers les décisions du roi, le moyen-employé est le même dans les deux cas.

Seulement rien ne nous prouve que cette procédure, qui était habituelle pour la prestation du serment de sujétion, ait été adoptée comme règle générale, les années autres que l'année 803, pour la publication de tous les capitulaires additionnels. Aucun indice ne nous permet d'affirmer avec Boretius que les textes de 803 relatent un exemple de ce qui se passait normalement¹. Au contraire, plusieurs indications tendent à confirmer le caractère exceptionnel de l'emploi de cette procédure. Ainsi, tandis que les capitulaires sont essentiellement oraux², en 803 le roi ordonne leur rédaction par écrit, puis leur lecture devant le peuple spécialement convoqué au *mallum legitimum*. Les témoignages de 803 mentionnent, pour l'année 803, une tentative du roi pour assurer l'observation de ses capitulaires.

¹ Cf. Boretius, *Beitraege*, p. 55 et suiv.

² Cf. *infra*, p. 230.

DEUXIÈME SUBDIVISION. — *Analyse du caractère du « consensus populi » de 803.*

Le *consensus*, émis en 803 au *mallum legitimum*, n'émane point de la même source que le *consensus* exprimé d'ordinaire à l'assemblée politique : au *mallum*, comme du reste à l'assemblée générale de la race, le peuple tout entier est présent; à l'assemblée politique, au contraire, seuls quelques serviteurs des grands composent la population qui reçoit communication des capitulaires. Mais, qu'il vienne du peuple réuni au *mallum* ou de cette sorte de population présente à l'assemblée politique, le *consensus*, dans les deux cas, revêt, en présence de l'autorité royale, un caractère mixte qui tient à la fois du consentement librement donné et de l'obéissance imposée par force.

Il nous est rapporté, en effet, dans les témoignages de 803 une sorte de mélange d'autorité chez le roi et d'indépendance chez le peuple. Les dispositions présentées au peuple dans le *mallum* ont été ajoutées à la *lex* auparavant, lors de la tenue de l'assemblée politique. Le roi, sans en référer aucunement à ce peuple, réuni à présent au *mallum*, a établi ces capitulaires additionnels et dirige, après l'avoir prescrite, l'opération de la consultation de ce peuple. D'autre part, il est non moins certain que les expressions *ut populus interrogetur, consentire, manu firmationes* attestent une allusion certaine à l'existence de la liberté du peuple. A l'interrogation correspond, en outre, un mode de suffrage individuel, le serment, et le

peuple a le pouvoir de reconnaître ou non ces capitulaires comme siens.

Le *consensus* émis par le peuple en 803 à l'occasion des capitulaires additionnels, au moyen d'un serment, est analogue à celui qu'exprime le peuple dans la prestation du serment de sujétion. Dans les deux cas, le serment n'est ni le témoignage d'une autorité absolue chez le roi, ni la preuve d'une liberté complète chez le peuple. Si le roi était un monarque absolu, le serment du peuple serait inutile. L'obéissance serait de rigueur. L'empereur romain, auquel Fustel de Coulanges aime tant comparer le roi franc, ne sollicite pas un serment d'obéissance : il commande et le peuple obéit. La preuve que le roi franc n'a pas encore acquis l'autorité de l'empereur romain, c'est qu'il ne se sent pas obéi et va précisément réclamer le consentement du peuple entier pour assurer le respect de sa personne ou l'observation de ses capitulaires. Le roi cherche à faire partager ses volontés au peuple pour être mieux écouté. L'existence d'un pareil serment est une sorte d'hommage rendu par le roi à la volonté, à la liberté du peuple. Mais, d'un autre côté, le roi n'est pas du tout à la merci du peuple. Le résultat de l'opération de la prestation de serment est escompté d'avance en faveur du roi. La *lex* est déjà établie, révélée. Le roi ne pense au peuple que pour lui faire connaître les modifications de la *lex*. Le peuple n'aura, en fait, qu'à promettre d'observer la *lex* et à manifester ce *consensus* extérieurement par le serment.

Ce mélange d'autorité du roi et d'indépendance du peuple, ainsi manifesté dans le serment, mode requis par le roi pour l'expression du *consensus populi*, trouve son explication toute naturelle dans le développement interne de la *lex* depuis que le roi, qui dispose de la force publique, a pris le lieu et place du discur de droit. C'est, en effet, du côté du roi qu'il faut chercher l'explication, puisque le peuple, au *mallum*, est au complet comme dans l'assemblée générale de la race. Précisément, le roi réunit, en 803, deux fonctions : celle de dire le droit et celle de le mettre à exécution. Lorsque le roi révèle la *lex*, le peuple a, théoriquement, le pouvoir d'approuver tacitement ou de désapprouver la *lex* ainsi révélée. Quand le roi impose le respect de la *lex*, le peuple n'a pas à émettre de *consensus* : il n'a qu'à obéir. Or justement le roi exige le respect de la *lex* qu'il a lui-même l'aptitude à découvrir et à révéler : le peuple se trouve alors, par répercussion, dans une situation mixte où, théoriquement, il est considéré comme ayant émis un *consensus* volontaire en faveur de la *lex* et où, pratiquement, il ne peut exprimer autre chose qu'un *consensus*, ce qui aboutit en fait à l'obéissance.

Cette double attitude du roi, qui donne par contre-coup un double caractère au *consensus populi*, correspond à un aspect déterminé de la notion de *lex* et représente une sorte de transition entre le droit primitif qui était révélé et consenti, d'une part, et le droit déjà plus récent qui est imposé et obéi. La législation emprunte les formes anciennes de la révélation

du droit et ne se démasque pas dès qu'elle apparaît. Mais cette étape dans le développement interne de la *lex* n'a pas été connue seulement du roi franc, elle a été aussi celle des peuples qui ont atteint le même degré de culture juridique que les Francs.

Ainsi nous lisons dans le droit lombard :

Ego... Liutprand... dum... una cum optimatibus singola huius edicti perscrutasse[mus] **asistente omni populo**... statuere previdimus legem¹.

Haec statuimus adnotare capitula. Quin etiam et iudicis atque fidelis nostri..... nobiscum adfuerunt et haec omnia inter se conlocuti sunt et nobis renuntiantes nobiscum pariter statuerunt atque definierunt; et cum presentaliter fuissent capitula ista **relicta omnibus placuerunt et préventes adsensum statuerunt** nobiscum ut nihilominus per ordinem scriberentur².

Nobis et nostris iudicibus atque **Liangobardis adstantibus** iustum comparuit³.....

addentes quin etiam et **per gairethinx secundum ritus gentis nostrae confirmantes** ut sit haec lex firma et stabelis : quatinus nostris felicissimis et futuris temporibus firmiter et inviolabiliter ab omnibus nostris subiectis custodiatur⁴.

Les édits lombards, qui ne sont que l'œuvre de la

¹ *Liutpr. prol. de anno VIII* (Leges IV, p. 113).

² *Liutpr. prol. de anno XIV* (Leges IV, p. 135).

³ *Prolog. ad Ratchis leges* (Leges IV, p. 186).

⁴ *Rhotaris, c. 386* (Leges IV, p. 90).

laghsaga exercée par les rois, mettent bien en relief à la fois le pouvoir d'autorité du roi et la présence ou le *consensus* du peuple.

De même dans le droit burgonde, un passage de la *Lex Gundobada* signale nettement cette même situation¹ :

Constitutiones vero nostras placuit, etiam adiecta comitum subscriptione firmari, ut definitio, quae ex **tractatu nostro et communi omnium voluntate** conscripta est, etiam per posteros custodita perpetuae pactionis teneat firmitatem.

Le roi établit la *lex* avec les grands et, par suite, peut se dire d'accord avec la volonté du peuple. Seulement il tient à assurer l'observation de la *lex* et pour cela demande, mais aux grands seulement, leur souscription en guise de promesse d'observation.



Ainsi seuls les témoignages de 803 mentionnent incontestablement un *consensus* qui émane réellement du peuple tout entier. Mais le *consensus* n'intervient point pour établir la *lex* : il est une promesse d'observer la *lex*, promesse expressément exigée en 803 de tout le peuple par le roi qui veut sauver ses capitulaires de l'oubli. Si cette promesse diffère de la pro-

¹ *Leges Burgundionum (Liber constitutionum sive lex Gundobada, Initium c. 14)*, édition R. de Salis, 1892, p. 34.

messe tacitement accordée par la population présente à l'assemblée politique carolingienne et par la source dont elle émane et par la manifestation extérieure de cette promesse sous la forme du serment, cependant ces deux promesses, en présence de l'autorité royale du diseur de droit, ont pour trait commun de perdre la netteté primitive de leur caractère essentiellement volontaire pour en venir à désigner une notion complexe tenant à la fois du consentement libre et de l'obéissance imposée. La liberté, sans doute, est toujours théoriquement reconnue au peuple; mais l'autorité du roi, pratiquement, paralyse aussitôt cette liberté. Il est permis, dès lors, d'affirmer que le *consensus* du peuple a subi de profondes altérations au point de devenir, en somme, une pure fiction.

SECTION III. — NATURE DE LA « LEX » RÉVÉLÉE
PAR LE ROI.

La nature de la *lex* développée par le roi ne fait que confirmer l'affirmation que le roi a hérité des fonctions du diseur de droit. Le roi, copiant le diseur de droit, rend des jugements abstraits et présente ses décisions comme des interprétations de la *lex*, puissance obscure et mystérieuse. La révélation de la *lex* était, au fond, le résultat de la transmutation par le roi du sentiment juridique commun en normes. Ce n'était pas du droit royal, c'était de la *lex*. Seulement le roi avait sur le diseur de droit un avantage : il disposait du droit de commandement, de la force publique. La *lex* révélée par lui était imposée par lui. Or

il devait arriver que le roi, au lieu de recourir à l'interprétation de sentiment juridique commun pour établir et révéler la *lex*, mît en œuvre uniquement sa propre volonté de commandement tout en l'abritant sous le mot *lex*. Le système de la révélation de la *lex*, ainsi que la déformation subie par lui, peuvent être distingués assez nettement au cours de l'époque franque dans l'analyse des formes que présentent les capitulaires portant le nom de *lex*. Tantôt le roi prend l'attitude d'un interprète, et ses décisions prennent alors l'aspect de simples applications d'un droit pré-existant comme les *nymaele* scandinaves; tantôt le roi, ne conservant que le mot *lex*, commande et ses décisions sont alors des ordres directs.

§ I. — La forme des « *nymaele* ».

En Islande, quand le besoin de faire une réforme se faisait sentir au moment où fleurissait la *laghsaga*, le conseil de gouvernement, le *lögretta*, appelait le diseur de droit et lui demandait une révélation de la *lex*, lui seul ayant l'aptitude à révéler la *lex*. La *lex* nouvelle n'était pas censée son œuvre personnelle; elle était présentée comme l'expression d'une coutume oubliée ou de la volonté des dieux; elle avait, aux yeux du peuple et des profanes, une autorité d'autant plus grande ¹. C'est un *nymaele*.

¹ Amira, *Obligationenrecht*, II, pp. 6. 37-38; *Grundriss*, 2^e édit., pp. 50. 68. Le droit romain nous fournit le même exemple dans le type de la *lex sacrata*. Le droit est considéré comme une institution

Le roi franc ne fait pas autrement quand il dit la *lex*. La disposition nouvelle est présentée sous un vêtement coutumier préexistant. La *lex*, cette puissance mystérieuse, couvre toutes les innovations et, comme elle a été révélée déjà en partie dans la *lex salica*, on regarde cette *lex salica* comme une mine inépuisable qui peut donner naissance à des réformes qui, évidemment, n'y étaient même pas prévues à l'origine. On fait sortir de la *lex* toutes les innovations : on met sur son compte les additions nouvelles. Par là la *lex*, comme le droit prétorien, renferme à la fois une *pars translaticia* et une *pars nova*.

Les capitulaires additionnels à la *lex salica*¹ sont des interprétations de la *lex salica*. Le roi n'ose affirmer telle réforme, il l'attribue à la *lex salica*. Aussi ne faut-il pas s'étonner si les premières éditions de la *lex salica* avaient un nombre variable de titres, car on ajoutait ainsi à la *lex salica* les prétendues interprétations de cette *lex* connues sous le nom de capitulaires additionnels. Même plus tard, quand on distingua ces additions du texte primitif, le roi prit l'attitude du diseur de droit qui développe ce qui était censé contenu dans la *lex salica*.

Le septième capitulaire additionnel à la *lex salica*

divine et le législateur ne peut transformer ses volontés en règles de droit qu'en les faisant adopter par les dieux. Cf. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, I, p. 99. Notons que la coutume laïque emploie les mêmes procédés. Le juge moderne, en présence d'un cas entièrement nouveau, déguise sa solution sous le nom d'une prétendue application de loi préexistante.

¹ *Lex salica*, Behrend², 1897, pp. 131-162.

de 819¹ est des plus instructifs, car il prend pour ainsi dire le roi en flagrant délit d'appropriation de travail des diseurs de droit. Là ce capitulaire, comme du reste le capitulaire additionnel à la *lex ribuaria* de 803, s'attache à la *lex* qu'il complète, mais de telle manière qu'il se donne comme addition et supplément à un titre isolé et à des dispositions de la *lex*². Or une révision de la *lex* visée dans ces deux cas est assurément entreprise : mais le diseur de droit³ n'effaçait point le texte ancien pour le remplacer par le texte nouveau, il apportait simplement des commentaires, des additions, des nouvelles, et ces nouvelles se rattachent si étroitement à la *lex* que la suite des chapitres renfermant les dispositions nouvelles se règle sur la suite des titres de la *lex* et que chaque détail de la nouvelle renvoie aux chiffres du titre correspondant de la *lex*. Le droit nouveau n'abroge pas l'ancien : il se juxtapose à lui.

En même temps, le capitulaire de 819 nous donne une autre indication. La *lex* développée par le roi est un jugement abstrait. Les décisions nouvelles du roi ne sont que des applications de la *lex* à des cas de procès futurs. Les révélations de la *lex* sont des *iudicia*. Il n'y a pas à s'en étonner, puisque le roi s'empare des travaux des diseurs de droit et les promulgue à leur place :

¹ Behrend (*op. cit.*), pp. 160-162, ou Boretius, C. 142.

² C. 142 pour la *lex salica*; C. 41 pour la *lex ribuaria*.

³ Boretius le remarque sans en tirer les conséquences (*Beitraege*, p. 36). De même Seeliger (*Die Kapitularien der Karolinger*, p. 38).

De capitulo primo, id est de mannire. De hoc capitulo **iudicatum est**

Nous ne citons que cet article : mais le capitulaire entier est conçu de la même manière que cette disposition. Le lien entre le roi et la *laghsaga* se confirme ainsi de plus en plus.

Ce stade dans le développement de la motion de *lex*, qui pour faire son apparition doit se cacher sous les formes d'une *lex* ancienne, se rencontre en droit comparé, notamment dans les édits lombards et les *domas* anglo-saxonnes.

Les édits lombards se présentent comme la manifestation d'une *lex* ignorée, mais préexistante et révélée par les diseurs de droit devant le peuple de l'assemblée générale et sous la direction du roi. Ces édits ont ceci de curieux qu'ils se publient pour ainsi dire chaque année et ressemblent par là même aux édits annuels du préteur romain. Le roi ne les présente pas isolément, mais comme des compléments les uns des autres. Le premier édit a fixé la *lex*, les édits ultérieurs s'ajoutent à lui, si bien qu'ils semblent être sa continuation. C'est là le maintien du passé à côté du présent ¹.

¹ *Prolog. Rothari* (Leges IV, p. 2) déclare rassembler dans cet édit les dispositions juridiques en vigueur pour mieux assurer l'observation du droit. Le titre final (Leges IV, p. 90, c. 388) fait allusion au notaire qui aura le dépôt de l'exemplaire type de cet édit de Rotharis. A la suite de cet édit qui sert de base, les rois lombards inscrivent presque chaque année un édit nouveau pour expliquer soignant l'édit de Rhotaris et abriter ainsi, en réalité, les nouvelles ré-

Les *domas* anglo-saxonnes sont également caractéristiques¹. Si intéressantes à tant d'égards, les *domas* sont aussi des révélations de *lex* faites par le roi assisté des *witan* devant le peuple de son royaume. Or, chaque roi, avant de prononcer ses innovations, rappelle les décisions de ses prédécesseurs. Les *domas* se présentent extérieurement comme des améliorations ou des développements d'une coutume plus ancienne. C'est le cas des *domas* de Hlothar Eadric, de Withred et d'Aelfred².

Ainsi la *lex* proclamée par le roi ne se distingue pas par sa nature de la *lex* proclamée par le diseur de droit. D'ailleurs le roi ne fait que s'emparer du travail des diseurs de droit. C'est pourquoi la *lex* dite par le roi est une révélation d'une *lex*, supérieure et indépendante de lui, sur un cas de procès futur. Le roi rend des jugements abstraits.

§ II. — Abandon de la forme des « *nymaele* ».

Toutefois, le droit de commandement du roi devait exercer de temps à autre une influence sur son pou-

formes demandées par l'état des mœurs. Comme le droit prétorien, le droit lombard s'enrichit d'une *pars nova* à côté de la *pars translaticia*.

¹ Schmid, *Die Gesetze der Angelsachsen*, 2^e Auflage, Leipzig, 1858, pp. 26-29; Glasson, *Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre*, Paris, I, 1882, pp. 21-26; Amira, *Grundriss*, 2^e Auflage, 1900, pp. 69-74.

² Liebermann, *Die Gesetze der Angelsachsen*, I, 1903, pp. 9-11, pour Hlothar et Eadric; pp. 12-14 pour Withred, roi de Kent; p. 47 et suiv. pour Aelfred.

voir de révéler le droit. L'idée de faire passer ses volontés dans la *lex* n'a pas été étrangère au roi. Il ne restait alors, quand cette éventualité se réalisait, que le nom de *lex*. L'expression tombait par conséquent à faux. Le mot *lex* ne désignait plus seulement la révélation d'un droit antérieur, c'est-à-dire l'interprétation du sentiment juridique commun; il recouvrait la signification nouvelle de révélation de la volonté du roi.

Il n'y a plus alors de *nymaele*. Le roi prétend révéler la *lex*, mais il ne sait quel texte préexistant choisir pour justifier ses décisions nouvelles. C'est le cas des capitulaires additionnels à toutes les *leges* de l'empire ¹.

Charlemagne et Louis le Débonnaire ont inauguré cette législation. Ces empereurs cherchaient à réaliser l'unité de *lex* dans les coutumes des divers peuples de leur royaume. L'idée moderne du droit international privé était en germe dans ces capitulaires. Or ces capitulaires, du fait qu'ils s'adressaient à toutes les *leges* des peuples de l'empire et agissaient sur toutes à la fois, ne pouvaient évidemment employer la méthode des *nymaele*, c'est-à-dire répéter la disposition de la *lex* et juxtaposer l'addition nouvelle. Les empereurs, tout en invoquant la *lex*, cherchent en réalité à légiférer en leur nom.

Le capitulaire de 819, par exemple, est tout à fait

¹ Cf. pour la liste des capitulaires additionnels à toutes les *leges*, consulter Boretius (*Beitraege*, p. 36 et suiv.).

suggestif à cet égard : il renferme des dispositions qui ne sont pas dues à l'interprétation du sentiment juridique commun ; il met en œuvre les volontés de l'empereur qui sont même en parfaite opposition avec la *lex*¹. Pour mieux les faire accepter, l'empereur leur donnait l'appellation de *lex*. La législation tend à se démasquer.



Le développement interne de la *lex* dans les capitulaires n'est pas l'œuvre d'un *consensus populi*, auquel on reconnaîtrait le pouvoir de discuter, de délibérer ou de voter sur les propositions du roi. Le peuple, pour exercer une telle action, ne trouverait point les organes nécessaires pour l'émission d'une pareille volonté. De plus, les Francs n'étaient pas à même de concevoir déjà la *lex* comme une loi au sens romain ou moderne du mot, c'est-à-dire comme une règle générale discutée et votée par le peuple lui-même ou par ses représentants. La notion récente de démocratie ne leur était pas connue.

¹ C. 139, c. 13, *de fidei cohercendis* ; de même c. 11, *de proprio in lannum misso* et c. 12, *de manvire*, sont quelques-uns des nombreux exemples que l'on peut citer dans ce capitulaire, qui n'est pas le seul de cette nature, pour faire ressortir les efforts du roi en vue de faire passer dans la *lex* elle-même, qu'il a l'aptitude à révéler et à établir, le droit royal, qui repose uniquement sur son autorité et sa volonté personnelles.

La *lex* se développe d'après des procédés qui témoignent à la fois de la survivance des concepts juridiques anciens et de l'apparition d'un pouvoir de coercition entre les mains du diseur de droit.

Le chef de la collectivité, détenteur du pouvoir de commandement, le roi, prend l'ascendant sur les diseurs de droit, fait de ceux-ci des fonctionnaires, s'approprie leurs travaux et notamment leurs jugements abstraits pour les proclamer à leur place. La *lex* est objective, surnaturelle en quelque sorte : elle ne dépend ni de la volonté du roi ni de celle du peuple. Le roi se borne à l'interpréter et à la révéler, cas par cas, au moyen de jugements abstraits. En même temps, le roi prend dans son autorité de chef les moyens de la faire respecter du peuple. Ce cumul dans la personne du roi des fonctions de simple interprète d'une *lex* supérieure et de chef absolu pour la mise en application de cette *lex* entraîne de profondes conséquences sur le *consensus* du peuple. Outre que, depuis l'extension du royaume de Clovis, le peuple tout entier ne peut plus être présent aux assemblées politiques, l'élément populaire, qui fait son apparition à partir des derniers Mérovingiens, sera réputé tout à la fois consentir librement et après contrôle de la *lex* ainsi révélée par le roi et obéir aveuglément à cette *lex* imposée par le roi. Le *consensus* du peuple ne peut plus être et n'est plus le seul moyen d'assurer la sanction de la *lex* révélée : il perd, en présence de l'autorité nouvelle du diseur de droit, son caractère volontaire, libre; il se déforme, s'altère au point de

n'être plus qu'un symbole et de se confondre, en fait, avec l'obéissance.

Le pouvoir de coercition du roi se développe et, par une pente toute naturelle, fait accomplir un nouveau progrès à la notion de loi. Le roi tend à considérer cette prétendue *lex*, d'apparence surnaturelle, comme étant à sa portée. La *lex* s'incarne dans le roi. Sous l'influence de son pouvoir de commandement qui émane de lui seul, le roi en vient à révéler, sous le titre de *lex*, sa volonté personnelle. Rigoureusement, il n'a plus besoin de l'assentiment des mœurs. Ses décisions sont décorées du nom de *lex*, mais ne sont plus nécessairement la transmutation du sentiment juridique en normes. Elles ne se présentent plus comme des applications d'un droit préexistant. Cette attitude doit conduire le roi à plus de franchise, elle l'amènera peu à peu à rejeter la seule étiquette de *lex* dont il se pare encore et à légiférer ouvertement en son nom.

Ainsi les capitulaires qui développent la *lex* représentent une étape dans l'évolution de la notion de droit chez les Francs et sont un trait d'union étroit entre le droit judiciaire salien (*lex salica*), présenté au moyen des jugements concrets et des jugements abstraits comme la révélation d'une *lex* surnaturelle préexistante, et le droit proprement législatif émis par l'autorité publique au moyen de son pouvoir direct de commandement. La législation, au moment de son apparition, emprunte par conséquent les formes déguisées de l'application d'un prétendu droit

antérieur avant de s'afficher ouvertement comme œuvre directement créatrice ¹.

¹ Notons ici qu'en étudiant les différentes *leges barbarorum* de l'époque franque pour les mettre en parallèle avec le droit franc, nous sommes arrivé à la conviction que la conception germanique de la *laghsaga* et la conception romaine de la législation se retrouvent toutes deux à des degrés inégaux dans les *leges barbarorum* de l'empire franc (comme du reste, ainsi que nous le verrons, dans les capitulaires des rois francs). Les résultats de nos recherches nous ont amené à caractériser la conception juridique mise en œuvre dans les *leges barbarorum* de l'époque franque et à les classer dans les trois groupes suivants : 1° Répondent au concept romain de la législation sous la forme de la constitution impériale : la *Lex Wisigothorum* et la *Lex Burgundionum*. Burgondes et Wisigoths ont séjourné longtemps en Gaule avant de fonder un Etat, ils se sont établis dans des milieux où la population gallo-romaine était très dense et sont entrés très vite en contact avec la civilisation romaine. Aussi se sont-ils romanisés très vite et ont-ils cherché à imiter les Romains. Les rois wisigoths et burgondes s'arrogent le pouvoir législatif, ils émettent des constitutions comme l'empereur romain. Les *leges* de ces deux peuples s'inspirent de la conception romaine de la consolidation de lois du Code Théodosien ; 2° Répondent au concept germanique de la *laghsaga* privée ou officielle : a) les *leges* des peuples restés en Germanie : *Pactus* et *Lex Alamannorum*, *Lex Baiuvariorum*, *Frisonum*, *Saxonum*, *Anglonum* et *Werinorum* ; b) et les *leges* des Francs primitifs qui n'étaient pas encore romanisés : *Lex salica* (Saliens), *Ribuaria* (Ripuaires) et *Francorum Chamavorum* ; 3° les édits des rois lombards nous rapportent la *lex* des Lombards : ils sont le reflet d'une conception juridique intermédiaire entre la *laghsaga* et la législation et correspondent à nos *capitula legi addita* ; le roi se présente comme chef des diseurs de droit et se pose en interprète de la *lex* et non pas en créateur du droit en vertu de sa seule volonté. En la forme, tout au moins, les édits lombards apparaissent comme des œuvres ayant un caractère législatif. — On ne saurait utiliser ces différentes *leges* en droit comparé, sans connaître au préalable la conception juridique à laquelle ces diverses *leges* répondent. Il ne faut pas oublier, en effet, que les barbares, s'ils s'opposaient par leur culture aux Romains, avaient entre eux des différences de civilisation. Fustel de Coulanges (*La monarchie franque*, pp. 113-116) semble ne pas avoir aperçu ce fait pourtant fondamental en prenant indifféremment des exemples chez l'un quelconque des peuples de l'empire franc, à l'appui de ses affirmations sur le droit particulier du peuple franc.

CHAPITRE II

Modifications externes de la « lex » : le roi imitateur de l'empereur romain.

En même temps qu'il cherchait à prendre la direction de la *laghsaga* et à perfectionner la *lex* existante en se servant des procédés mêmes du diseur de droit primitif, le roi s'efforçait, dès le début de l'époque franque, d'imiter aussi l'empereur romain et de légiférer, comme lui, d'autorité ¹.

¹ Nous disons que le roi franc a obéi simultanément à ces deux conceptions, dont l'une est germanique et dont l'autre est romaine. On rencontre, en effet, des textes qui prouvent la coexistence et par suite la lutte de ces deux conceptions au cours de l'époque franque. Les textes cités dans le chapitre consacré à l'étude du développement interne de la *lex* dans les capitulaires sont dus à la mise en œuvre d'une conception juridique différente de celle que font ressortir les textes, que nous allons maintenant examiner, sur les déformations subies par la *lex* sous le coup de ban du roi, première apparition nette et franche de la législation. Il faut alors classer les textes législatifs de l'époque franque en deux catégories selon l'idée générale, parfois plus ou moins déformée, qu'elles manifestent. On ne doit pas céder à la préoccupation de ramener à l'unité ces deux conceptions juridiques, sans méconnaître le trait caractéristique fondamental de l'époque franque. L'existence simultanée et la lutte de la conception germanique et de la conception romaine sont un fait incontestable, qui prouve le caractère confus et troublé de la période franque. Il est probable que le roi était tenté de se servir plutôt de son droit de ban, quand il sentait qu'il était obéi. Au contraire, il est à

Le roi ne se considère plus alors uniquement comme un simple interprète du droit. Il ne s'agit plus seulement pour lui de mettre au compte d'une prétendue *lex* surnaturelle ses propres innovations ni de les présenter ensuite comme la révélation d'une *lex* supposée préexistante. La législation, dont l'apparition coïncide avec l'intervention du chef de la collectivité, le roi, dans la révélation du droit, n'est plus simplement le complément ou la mise en œuvre de la coutume : elle cesse de se déguiser sous l'apparence d'une proclamation de principes déjà antérieurement existants, mais jusque-là contestés ou inaperçus.

Une étape nouvelle dans le développement de la notion de droit est atteinte sous l'influence de la conception romaine de la législation impériale. Le roi se considère aussi comme un créateur du droit. La législation se démasque : elle s'implante ouvertement et sans détour à côté de la coutume. Ses règles puiseront leur autorité et leur force obligatoire dans un ordre émanant du chef de la collectivité. La volonté du roi, son pouvoir d'émettre des ordres obligatoires pour tous les sujets de son royaume, c'est-à-dire le droit de ban du roi, est le seul fondement de la législation. Le roi commande directement et le peuple n'a qu'à obéir. L'idée même de la fiction d'un *consensus populi* contemporain de l'établissement de cette législation devient incompatible avec la source que l'on

présumer que le roi invoquait et recherchait l'appui de la *lex*, puissance supérieure à tous les humains, même au roi, quand il craignait de n'être pas obéi.

reconnaît désormais à la législation : l'autorité du roi¹. C'est à cette forme nouvelle de la législation royale que l'on réserve le nom de droit royal ou de droit administratif, par opposition à la *lex*, droit coutumier successivement révélé et perfectionné par le diseur de droit, puis par le roi².

¹ Remarquons à propos du *consensus populi* la gradation nullement recherchée par nous, mais qui résulte naturellement de l'examen des textes eux-mêmes. Ce *consensus* s'altère et disparaît à mesure que l'on se rapproche de la législation officiellement avouée comme l'œuvre de l'autorité publique. Ainsi d'abord dans l'assemblée judiciaire primitive, qui comprenait tous les hommes libres du peuple sans exception et obligatoirement (cf. *suprà*, p. 100), le *consensus populi* était réel : il émanait de tout le peuple, s'analysait en une promesse — ordinairement tacite — d'observation et représentait ainsi l'unique moyen d'assurer la sanction de la *lex révélée* par le discuteur de droit. Ensuite, lors de la dislocation de cette assemblée générale de tout le peuple et depuis l'intervention de l'autorité royale dans la révélation de la *lex*, le *consensus populi* devient une fiction : il n'émane plus du peuple et se confond en fait avec l'obéissance à l'égard du roi. Toutefois cette fiction permet de reconnaître que le roi se pose en interprète seulement de la *lex*. Elle caractérise la première apparition de notre notion moderne de législation : la législation se déguise sous un vêtement coutumier. Enfin le *consensus populi* n'existe plus même à titre de fiction : il est exclu par le droit d'autorité du roi qui devient le seul fondement du droit. Le roi se pose alors en créateur du droit. C'est une nouvelle forme de la législation : la législation s'affiche comme telle et rejette tout déguisement coutumier. Ces deux premiers types de la législation à l'époque franque sont apparus non pas successivement comme on le croirait d'après cet exposé qui doit obéir aux notions élémentaires d'ordre et de méthode, mais simultanément. Il est essentiel de les repérer pour suivre ainsi les péripéties de la lutte des conceptions germanique et romaine à cette époque.

² Nous préférons le terme droit administratif au terme droit royal, qui peut prêter à confusion. On serait tenté de croire qu'il n'y a comme droit royal que celui qui repose uniquement sur le ban du roi. Or, il ne faut pas oublier que le droit royal existe encore quand le

Le droit royal, d'après Boretius, n'aurait aucune relation avec la *lex*. Entre le droit royal et la *lex*, il existerait une différence capitale de compétence. Le roi ne pourrait pas se servir de son droit d'autorité pour combattre la *lex*. Quand il voulait modifier la *lex*, le recours à la procédure soi-disant spéciale de l'établissement de la *lex* s'imposait : le *consensus populi* notamment était inséparable de toute modification de la *lex*. Par contre, lorsque le roi avait à prendre des décisions étrangères à la *lex*, le droit de ban du roi était alors mis en œuvre exclusivement et le *consensus* du peuple n'avait point à intervenir.

Dans ces conditions, puisqu'en matière de *lex* l'existence du droit pour le roi d'agir d'autorité, en dehors de tout *consensus* du peuple, n'est même pas établie, la question des répercussions éventuelles de l'exercice du droit de ban royal sur la *lex* ne se pose évidemment pas.

C'est seulement au cas où l'examen des arguments de Boretius nous révélerait, au contraire, l'existence de ce droit personnel du roi à l'égard des questions rentrant dans le domaine de la *lex*, que nous serions autorisé à rechercher alors dans quelle mesure le roi a, sous l'influence romaine, fait subir des modi-

roi développe lui-même la *lex* d'après les procédés même du diseur de droit. C'est pourquoi l'expression droit administratif nous semble avoir l'avantage de caractériser avec plus de précision l'un des deux modes de l'activité législative du roi à l'époque franque. Cf. sur le droit administratif, le droit de l'Etat ou droit des administrateurs du royaume (*Amtsrecht*), Sohm, *Die fränkische Reichs und Gerichtsverfassung*, pp. 102-140.

fications à la *lex* par la mise en œuvre de son seul droit de commandement. Il est, par conséquent, d'un très grand intérêt de vérifier au préalable les assertions de Boretius. C'est pourquoi nous nous demandons d'abord si le *consensus* du peuple est bien la marque inséparable de toute modification de *lex*; puis, dans le cas où cette question serait résolue par la négative et ferait ainsi apparaître l'existence du droit pour le roi d'agir d'autorité à l'égard de la *lex*, nous poserons alors seulement le problème de l'étendue des modifications subies par la *lex* sous le coup de la volonté personnelle du roi.

SECTION I. — LE « CONSENSUS » DU PEUPLE EST-IL
INSÉPARABLE DE TOUTE MODIFICATION DE LA « LEX »
PAR LE ROI?

Boretius¹ admet que le *consensus* du peuple est le signe nécessaire de tout capitulaire qui concerne la *lex*. C'est une conséquence de son opinion sur la nature du *consensus populi*. Le peuple, pour cet historien, a non seulement le droit d'approuver ou de désapprouver la réforme projetée par le roi à l'égard de la *lex*, mais il a même le monopole exclusif de toute modification à faire subir définitivement à la *lex*. Le roi ne peut pas se passer du concours des hommes de la race intéressée, quand il veut modifier la *lex*.

¹ Boretius, *Beitraege*, p. 54 et suiv.

Pas plus que nous n'avons constaté dans les allusions des capitulaires au *consensus* du peuple l'existence d'une procédure spéciale réservée au peuple seul pour l'établissement de la *lex*, nous n'enregistrerons un prétendu monopole du peuple pour tout ce qui concerne la *lex*. Sans doute le *consensus* du peuple se lie, quand il existe, à l'établissement de la *lex* et devient même la caractéristique d'une étape transitoire de la législation. Mais, outre que ce *consensus* n'est plus qu'une fiction, on peut dire que toute modification de *lex* n'appelle pas nécessairement le *consensus* du peuple. Sur ce point, en effet, la doctrine de Boretius n'a pas résisté à la critique.

Nous nous contenterons d'exposer la thèse de Boretius et de réfuter l'argumentation de cet historien.

§ I. — *Exposé de la thèse de Boretius.*

Boretius croit trouver dans la législation de 818-819 la preuve que la *lex* a un domaine d'application différent de celui du droit royal et requiert toujours le *consensus populi* qui est exclu, au contraire, du droit royal. Les capitulaires laïques de cette année sont classés en trois catégories. Pour cet historien, cette classification tripartite a dû toujours trouver à s'appliquer à l'époque franque, aussi l'excellente édition que cet auteur nous donne des capitulaires les répartit-elle tous dans l'un des groupes établis en 818-819. Les trois sortes de capitulaires sont les suivantes :

En premier lieu se trouvent les *capitula legibus addenda*, dont l'objet est exclusivement la *lex*. Grâce à eux, la *lex* est perfectionnée, corrigée ou complétée, mais avec le concours nécessaire du peuple intéressé. C'est ordinairement un droit personnel : ces capitulaires ne constituent, par exception, un droit territorial que si les modifications sont apportées à la fois à toutes les *leges* des peuples de l'empire franc.

En second lieu et par opposition aux précédents figurent les *capitula per se scribenda*. Ils réglementent le droit public du royaume ou se meuvent dans les limites assignées par la *lex* à l'action du droit royal. Leur objet est complètement distinct de la *lex*. Ils prennent naissance sans la participation du peuple. Ce sont des ordres permanents donnés par le roi à tous les sujets du royaume. Le roi agit d'autorité. Ces capitulaires sont un droit essentiellement territorial.

En troisième lieu se présentent les *capitula missorum*. Ce sont des ordres qui ne sont pas donnés au public : ils s'adressent uniquement aux *missi domini*. Faits pour l'usage particulier des messagers du roi, ils évoquent l'idée de simples instructions administratives.

Cette célèbre division tripartite des capitulaires, qui ne peut s'appliquer qu'aux temps carolingiens, suppose implicitement admis le caractère nécessairement uniforme de chaque capitulaire pris isolément.

§ II. — *Réfutation de la thèse de Boretius.*

Cette classification, dont l'incontestable mérite est celui de la clarté, ne répond pas nécessairement, en ce qui concerne le critère de l'objet, à l'examen détaillé des textes. Les capitulaires n'ont pas une composition homogène. C'est un fait capital, qui a échappé complètement à Boretius. Nous constatons, en effet, dans les *capitula*, regardés par Boretius comme *legibus addenda*, l'existence de dispositions étrangères à la *lex* et nous remarquons, dans les *capitula missorum* ou *per se scribenda*, qui, d'après la définition de Boretius, ne pourraient contenir que du droit royal, l'existence de normes qui concernent directement la *lex*.

1° Les « *capitula legibus addenda* » peuvent contenir des dispositions étrangères à la « *lex* ». — Déjà Boretius lui-même relevait quelques exceptions à sa propre classification basée sur le critère de l'objet. Il ne se doutait pas encore qu'elles ruinaient le principe même de sa division tripartite. Le capitulaire additionnel de 818-819, qui sert précisément de point de départ à la doctrine de Boretius, n'est pas exclusivement réservé aux modifications de la *lex*. Cinq articles au moins¹ concernent l'état des veuves, des pupilles

¹ C. 139, c. 3, *de viduis et pupillis et pauperibus* (cf. C. 23, c. 17 et C. 102, c. 4) ; c. 16, *de dispectu litterarum dominicarum* (cf. C. 20, c. 21) ; c. 17, *de iniustis teloneis et consuetudinibus* ; c. 18, *de his qui denarios bonos accipere nolunt* ; c. 19, *de adulteratoribus monetæ* ; c. 20, *de proprio dominico sine iussione illius reddito*. Cf. Boretius,

ou des pauvres, le mépris de l'écriture royale, les douanes, la monnaie, le bien royal, tout autant de matières qui n'ont aucun rapport avec la *lex*. Il en est de même du cinquième article de ce capitulaire qui vise le cas des *faidosi* et se borne à reproduire la prescription d'un capitulaire *per se scribendum* de 779¹. Voilà des cas où le capitulaire additionnel a le même objet qu'un capitulaire *per se scribendum*. La présence de pareilles dispositions s'explique d'autant moins dans un capitulaire additionnel de 819 que, cette année-là précisément, un capitulaire *per se scribendum* a été émis et pouvait, par suite, renfermer ces articles-là.

Si le capitulaire additionnel contient des matières que Boretius regarde comme ne pouvant convenir qu'aux *capitula per se scribenda*, nous remarquons aussi qu'il donne abri à des instructions administratives, qui, d'après Boretius, ne peuvent trouver place que dans les *capitula missorum*. La législation de Worms, de 829, dont l'importance peut être comparée à celle de 819, répartit aussi les capitulaires dans les trois groupes mentionnés et place pourtant dans le capitulaire additionnel des instructions qui auraient mieux trouvé leur place dans les *capitula missorum* de la même année².

2° Les « *capitula per se scribenda* » et les « *capitula*

Beitrage, pp. 52-53; Seeliger, *Die Kapitularien der Karolinger*, pp. 37-40.

¹ C. 139, c. 13 et C. 20, c. 22.

² C. 193, c. 7, *Capitulare pro lege habendum Wormatiense*.

missorum » peuvent concerner la « *lex* ». — A l'inverse, les *capitula per se scribenda* et les *capitula missorum* sont d'un contenu très varié et traitent même de questions intéressant la *lex*.

Déjà le capitulaire *per se scribendum* empiète sur le domaine réservé par Boretius d'une manière exclusive aux *capitula missorum*. En 849¹, malgré le classement tenté par le roi, certaines instructions administratives ont été placées, non pas dans les *capitula missorum* de cette année, mais dans le capitulaire *per se scribendum*. Le cas, d'ailleurs, n'est pas isolé². Par conséquent, des ordres pour l'usage particulier des messagers du roi peuvent exister en dehors du cadre assigné par Boretius aux *capitula missorum*.

Mais *capitula per se scribenda* et *capitula missorum* ne respectent pas mieux le domaine de la *lex* qu'ils ne respectent entre eux leur domaine respectif. Si l'on en croit Boretius, le roi met en œuvre, dans ces deux sortes de capitulaires, uniquement son droit de ban : bien loin de pouvoir modifier ainsi d'autorité la *lex*, il crée simplement du droit royal. Or les textes ne confirment pas cette séparation absolue entre les capitulaires.

C'est le cas, par exemple, d'un capitulaire de 779, regardé par Boretius comme étant un *per se scribendum* et qui pourtant concerne la *lex*. Deux de ses dispositions au moins ont trait à la *lex*³. L'une vise les

¹ C. 140, c. 7.

² C. 150, c. 21, 22; C. 80, c. 5, 7, 13; C. 67, c. 3.

³ C. 20, c. 22, 23.

faidosi et punit de l'exil celui qui n'acceptera pas ou qui ne paiera pas la composition pour laisser libre cours à la vengeance privée. L'autre édicte de nouvelles peines contre les voleurs : au premier délit, la perte de l'œil ; au second, celle du nez ; au troisième, celle de la vie. De même une disposition du capitulaire *per se scribendum* de 819, sur les *forcapiis*, serait mieux à sa place dans le capitulaire additionnel de la même année¹.

Lès *capitula missorum* eux-mêmes empiètent parfois sur la *lex*. Ainsi un précepte d'ordre pénal se trouve exposé dans des instructions réservées pourtant aux messagers du roi². Il s'agit des hommes libres qui habitent le long des rivages maritimes : si ces hommes ne viennent pas en aide au messager du roi qui arrive près d'eux, une punition de vingt sous d'or sera infligée à chacun des fautifs. C'est une disposition qui, loin de ne s'adresser qu'aux *missi*, lie tous les sujets et modifie la *lex*. Le cas n'est pas rare d'ailleurs³.

¹ C. 140, c. 1.

² C. 34, c. 13 b. Nous citons ce passage, car il est très intéressant pour les peines qui y sont indiquées : de liberis hominibus qui circa maritima loca habitant : si nuntius venerit, ut ad succurendum debeant venire, et hoc neglexerint, unusquisque solidos viginti componat, mediaetatem in domino medietatem ad populum. Si litus fuerit, solidos quindecim componat ad populum et fredo dominico in dorso accipiat. Si servus fuerit, solidos X ad populum et fredo dorsum.

³ C. 141. C'est du reste un des moyens détournés employés par le roi pour modifier la *lex*. Il lui est plus facile de donner des ordres aux *missi* que de modifier directement la *lex*.

Ainsi le critérium tiré de l'objet des capitulaires ne résiste pas à l'examen. D'abord il repose sur une conception erronée de la composition des capitulaires. Ceux-ci n'ont pas un caractère uniforme; pour les étudier, il faut les prendre disposition par disposition. Tout ce que l'on peut concéder à la théorie de Boretius, c'est que le roi a tenté à diverses reprises, et notamment en 818-819 et en 829, de mettre dans un même capitulaire les décisions qui avaient trait plus ou moins exclusivement au même objet¹. Ensuite, il

¹ C'est ainsi que ces années-là le roi a mis les règles relatives à la *lex* dans un capitulaire; celles concernant plus spécialement les *missi* dans un capitulaire différent et enfin celles qui, en général, n'avaient trait ni à la *lex* ni aux *missi* dans un autre capitulaire. Mais aller plus et supposer — gratuitement d'ailleurs — que toutes les décisions d'un même capitulaire sont invariablement de même nature, puis prétendre répartir, comme Boretius, tous les capitulaires dans l'un des trois groupes indiqués, c'est introduire dans une époque qui ne les connaissait point, surtout avec cette rigidité, des distinctions inspirées par nos préoccupations modernes d'ordre et de méthode et conférer par là même aussi à la théorie de Boretius un caractère trop absolu qui l'empêche d'embrasser des notions aussi souples et aussi fuyantes que celles du droit de cette époque franque. Ajoutons que la constatation de l'absence, en général, d'une composition homogène des capitulaires est un argument de plus contre la nature du *consensus populi*, telle que la reconnaît Boretius. Si dans un même capitulaire, certaines dispositions supposent l'existence du *consensus* du peuple, alors que d'autres l'excluent, il est difficile de comprendre le *consensus* du peuple comme une sorte de droit de vote, de discussion ou de délibération réservé au peuple en dehors de l'assemblée politique. Au contraire, si le *consensus* du peuple à l'époque franque n'exige point un organe spécial d'émission du *consensus* et s'analyse en une fiction d'une promesse tacite d'observation de la population présente aux portes de l'assemblée politique, on comprend facilement le mélange de ces dispositions émises les unes avec cette fiction de *consensus*, les autres à l'exclusion de ce *consensus* et émises, les unes comme les autres, à la même assemblée politique.

n'y a pas de délimitation de compétence entre la *lex* et le droit royal. Les capitulaires, dont l'établissement, selon Boretius, est exclusif de tout *consensus* du peuple, comme c'est le cas des *capitula per se scribenda* et des *capitula missorum*, apportent à la *lex* des modifications. Le *consensus populi* n'est alors pas nécessairement lié à toute modification de la *lex* : le roi, par conséquent, a le droit d'agir d'autorité à l'égard de la *lex* en dehors du *consensus* du peuple.

SECTION II. — DANS QUELLE MESURE LE ROI PEUT-IL MODIFIER D'AUTORITÉ LA « LEX » ?

Les romanistes ¹, à qui revient le mérite d'avoir fait ressortir l'inexactitude d'un critère permettant de distinguer, au point de vue de leur objet, la *lex* et le droit

¹ C'est le cas notamment de Fustel de Coulanges, *La monarchie franque*, pp. 104-113, *Les transformations de la royauté*, p. 454 et suiv. — « Il y a sans doute une distinction à faire entre les simples capitulaires et les lois proprement dites. Plusieurs textes marquent que les deux séries d'actes n'étaient pas absolument confondues. Toutefois la limite qui les séparait est fort difficile à apercevoir. Les capitulaires embrassaient les mêmes matières que les lois ; ils s'appliquaient aussi bien au droit civil qu'au droit criminel ; ils décidaient les questions de succession, de mariage, d'affranchissement, de même qu'ils punissaient le meurtre, l'inceste, le parjure. » (*Les transformations de la royauté*, p. 456.) Fustel de Coulanges n'a pas analysé la notion de *lex* et se trouve de ce fait embarrassé pour distinguer le droit coutumier (judiciaire), la *lex* d'une part, et la législation royale des capitulaires. Il ne donne pas de réponse à la question de savoir en quoi se différencie la *lex* du *capitulum*. Mais notons ici qu'il démontre qu'au point de vue de l'objet la *lex* et le *capitulum* ne peuvent pas, en tout cas, se distinguer l'un de l'autre par là. Cf. Seeliger, *Die Kapitularien der Karolinger*, pp. 37-40.

royal, concluent volontiers que le roi franc, par son droit d'autorité, connu sous le nom de droit de ban, peut légiférer souverainement à l'égal de l'empereur romain. Le monarque franc, qui visiblement tente d'imiter l'empereur romain, n'est au fond que le continuateur de celui-ci.

Cette conclusion suppose que les Romains ont exercé sur les Francs une influence en quelque sorte magique. Dès leur premier contact sur le sol gaulois, au lendemain des invasions, ces deux peuples devinrent semblables l'un à l'autre et cette similitude de civilisation a eu sa répercussion dans le développement interne du droit franc. Le droit franc se haussa soudainement au même degré de culture que le droit romain.

Il y a, croyons-nous, une exagération de la part des romanistes. Quand deux peuples sont de civilisation très inégale, il faut un temps assez long pour provoquer, à la suite des relations quotidiennes de ces peuples, une assimilation pareille à celle que supposent les romanistes. S'il y a eu incontestablement des efforts de la part des rois francs pour imiter l'empereur romain, on ne saurait, en l'absence d'autres preuves, en déduire que les Francs ont atteint aussitôt le même degré de culture juridique que les Romains, ni que le droit de ban du roi ait eu, en présence de la *lex*, droit coutumier, la même énergie que le pouvoir législatif absolu de l'empereur romain.

Nous rappellerons succinctement quelle était la conception romaine de la législation impériale à la veille

dés invasions barbares et nous déterminerons l'influence de cette conception juridique romaine sur le développement général de la législation royale franque.

§ I. — *La conception romaine de la législation impériale à la veille des invasions.*

Les Romains étaient parvenus depuis longtemps déjà au concept de la législation; ils arrivaient également au stade de la consolidation des lois ¹.

Dans les derniers siècles de Rome, le terme *lex* désignait, sous le Bas-Empire, le droit législatif ², conçu

¹ La consolidation des lois se distingue de la codification. Dans la consolidation, le droit archaïque est laissé de côté, seul le droit encore en vigueur est maintenu, consolidé, conservé. La codification suppose en plus de ce triage l'existence d'un droit nouveau; on met en harmonie avec le temps présent les règles du droit, on fond ces règles en un tout qui s'accorde avec les besoins du moment. Or, les Romains de la veille des invasions connaissaient la consolidation de lois; ils n'ont pas atteint le degré de culture juridique supposé par la codification. Nous n'avons, nous, connu la codification qu'au début du XIX^e siècle avec les codifications napoléoniennes. Cf. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, I, p. 7; Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, p. 50; Brissaud, *Cours d'histoire générale du droit français*, I, p. 333. La consolidation des statuts anglais répond à la même conception juridique que la consolidation de lois.

² Cf. Girard, *Manuel*, p. 59 et suiv. — La meilleure preuve du contraste existant entre le degré de culture juridique des Romains et celui des Francs est fournie par le sens du mot *lex* à la veille des invasions chez les Romains et au lendemain des invasions chez les Francs. *Lex* signifie législation et s'oppose comme telle à la coutume, à Rome; *lex* signifie coutume chez les Francs, alors que la législation qui tend à devenir une source abondante du droit n'a pas une terminologie bien marquée et ne s'appelle jamais *lex*.

sous la forme de la constitution impériale. Par suite de l'établissement de la monarchie absolue, la constitution devint la seule source du droit en activité. La constitution de l'empereur était émise d'autorité et faisait loi parce qu'elle était l'expression de la volonté du maître. L'empereur pouvait ainsi établir de nouvelles règles, modifier la coutume ou bien encore abroger radicalement la coutume. La *lex* romaine laissait de côté les cas concrets : elle établissait, au contraire, la règle générale en permanence et pour un nombre indéterminé d'actes ou de faits. Enfin, la constitution devait à l'autorité publique sa sanction comme son établissement. C'est notre concept moderne de la loi que nous opposons, comme les Romains de cette époque, à la coutume ¹.

Les constitutions impériales se multipliant, il fallut, pour les besoins de la pratique, réunir ces constitutions en un volume. Les praticiens précédèrent l'initiative gouvernementale et deux recueils privés, connus sous le nom de Code Grégorien et de Code Hermogénien, publièrent les constitutions parues depuis le règne d'Hadrien jusqu'en l'année 365. Puis les empereurs Théodose II et Valentinien III promulguèrent, en 438, un recueil officiel des constitutions parues depuis Constantin et décidèrent, en outre, que seules seraient en vigueur les constitutions contenues dans ces trois codes. Il y eut encore, après 438, d'au-

¹ Nous ne voulons pas le moins du monde méconnaître que l'empereur romain légiférait aussi sous forme de mandats et de rescrits à propos d'un cas particulier.

tres constitutions émises par les empereurs et appelées les *Novelles*, mais elles ne furent point l'objet d'un recueil.

Ainsi les Romains, au moment des invasions, possédaient un droit essentiellement législatif qui était représenté par le Code officiel de Théodose, les deux Codes privés qui l'ont précédé¹ et les *Novelles* qui l'ont suivi².

§ II. — *Influence de la conception romaine sur les capitulaires.*

Les germanistes ont tort de passer sous silence³ les traces évidentes de l'imitation romaine par les

¹ Notons que les codes Théodosien, Hermogénien et Grégorien ne sont des codes qu'au sens étymologique du mot. Tandis que la forme la plus ancienne du livre était le *volumen*, rouleau (feuilles de papyrus collées les une à la suite des autres, enroulées autour d'une baguette et enfermées dans un coffret), la seconde forme du livre, la plus récente, s'appelait *codex*. Originellement, le mot *codex* avait le sens de tablettes superposées et s'appliquait aux tablettes de bois ou bronze. C'est de là que dérive le livre manuscrit du moyen âge et le livre moderne. On voit qu'il faut se défier du terme code qui, de nos jours, a pris en droit une signification précise et technique. Les trois codes romains d'avant les invasions sont des livres de lois, mais non des codes analogues à nos codes modernes. Le sens de code ne pouvait faire allusion, à cette époque du Bas Empire, à la notion de codification, encore inconnue. Il est essentiel de remarquer avec soin le sens des mots pour éviter de commettre des anachronismes en transportant dans les temps anciens nos idées modernes. (Cf. Brisaud, *Cours d'histoire générale*, I, p. 33.)

² Evidemment nous n'avons pas à parler ici de l'autre source du droit, le *jus*, encore en activité à cette époque du Bas Empire.

³ Fustel de Coulanges (*La monarchie franque*, pp. 127-133 et 132, n. 6) met, avec raison, en relief les traces de l'imitation romaine chez

Francs. Ceux-ci, dès leur entrée en Gaule, furent mêlés à la population gallo-romaine et attirés par l'éclat de la civilisation romaine. Ils mirent tout leur orgueil à copier les Romains. Le roi prend le qualificatif de *vir illuster*, réservé jusqu'alors au préfet du prétoire des Gaules et au maître des milices; il porte le titre impérial de *princeps*, adopte les insignes romains, parle latin, appelle les hommes ses sujets, émet des constitutions ou des édits.

Faut-il en conclure que la législation royale franque révèle le même degré de culture juridique que la législation impériale romaine? On ne saurait répondre autrement qu'en distinguant avec soin, dans les capitulaires, les formes extérieures de langage et la notion de législation mise en œuvre par eux.

PREMIÈRE SUBDIVISION. — *L'imitation romaine dans les formes de langage.*

Si l'on s'en tient aux formes de langage, il est certain que l'imitation romaine a été poussée très loin.

les Francs et reproche à Fahlbeck, notamment, de les omettre complètement. Le reproche est parfaitement fondé. Mais il faut convenir que les germanistes pourraient, à leur tour, adresser de justes critiques à Fustel de Coulanges, qui ne mentionne pas les survivances chez les Francs du caractère germanique de leurs institutions primitives et considère les Francs comme des Romains véritables. Il faut tenir compte de l'apport romain et de l'apport germanique à la fois, sous peine d'être trop absolu et de se heurter au démenti formel des textes. En cela, nous nous efforçons de mettre en pratique les recommandations que l'éminent historien, M. Paul Fournier, adresse à ceux qui étudient l'époque franque. (*Le dernier livre de M. Fustel de Coulanges*, extrait de la *Revue des questions historiques*, 1886, tirage à part, p. 16. 17. 19.)

Déjà le roi emploie les termes mêmes dont les empereurs romains se servaient pour désigner leurs ordonnances, *edictum*, *decretum*, *constitutio*¹. A l'époque mérovingienne, l'expression *capitulum*, *capitulare* ne s'appliquait pas encore aux ordonnances des rois.

L'imitation s'accroît davantage au point de devenir servile. La phraséologie de certains capitulaires mérovingiens est la même que celle des constitutions impériales romaines. Clotaire II, en effet, dans le préambule de sa *praeceptio*, déclare : « C'est le propre de la clémence du prince de réfléchir avec sollicitude aux besoins des provinciaux et de tous les peuples sujets et de faire écrire dans une constitution tout ce qui doit être observé dans l'intérêt de leur repos. » Or, ainsi que Boretius lui-même² l'a remarqué, ce préambule est copié mot pour mot sur une novelle de l'empereur Valentinien³. Les empereurs romains avaient été des maîtres absolus au nom de l'intérêt

¹ Cf. C. 1 *epistola*; C. 2 *praeceptum*; C. 3 *pactus*; C. 4 *edictum*; C. 5 *edictum*; C. 6 *pactum*; C. 7 *decretio*; C. 8 *praeceptio*; C. 9 *edictum*.

² *Beiträge*, p. 22.

³ *Lex romana Wisig.*, titre VIII, Novelle. Valentinien III (édit. Haenel). Boni principis cura vel prima vel maxima est, quietem provincialium propitia sollicitius mente tractare, quibus, quanto plus fuerit humanitatis impensum, tanto pronius amor devotionis incumbit. *Chlotharii II praeceptio* C. 8 (Boretius, p. 18). Usus est clementiae princepalis necessitatem provincialium vel subiectorum sibi omnium populorum provida sollicitius mente tractare, et pro quiete eorum quaecumque iuste sunt observanda indita in titulis constitutione conscribere : quibus quantum plus fuerit iustitiae adque integritatis impensum, tantum pronius amor devotionis incumbit.

public. Les rois francs associèrent aussi l'intérêt public à leur pouvoir personnel. Cela ne prouve pas que les Francs se soient élevés jusqu'au niveau de conceptions aussi hautes : cela démontre au moins qu'ils ont copié les modèles romains.

L'Eglise, dont c'était l'intérêt de fortifier le pouvoir royal pour avoir un instrument de domination à sa disposition, a incité le roi à imiter l'empereur romain pour exercer un pouvoir absolu. Les ordonnances parlent volontiers de l'intérêt matériel ou moral des peuples que Dieu a confiés au roi. C'est toujours le principe romain, un peu modifié par l'inspiration des évêques. Childebert I^{er} établit une constitution contre les pratiques de l'idolâtrie et parle en prince qui a le droit de légiférer ¹. « Comme il faut que le peuple, dit le préambule de sa constitution, soit corrigé par notre autorité, s'il ne suit pas les préceptes du prêtre, nous avons décrété d'envoyer cette lettre dans tous nos Etats, ordonnant que tout homme qui aura des idoles dans sa propriété soit amené en notre présence pour être jugé par nous. » La même conception du pouvoir absolu anime l'édit de Gontran ². « Comme la volonté de Dieu nous a confié le pouvoir de régner, prétend Gontran, nous ne pourrions éviter sa colère si nous ne nous occupions pas avec sollicitude du peuple qui nous est soumis. En conséquence, nous ordonnons par le présent décret que les dimanches et les jours de

¹ C. 2 *principium*.

² C. 5 al. 2 et 4.

fête il ne soit fait aucun travail manuel et qu'aucun procès ne soit jugé. »

L'imitation romaine se trahit encore dans le célèbre édit de 614. Le roi Clotaire II s'y présente comme l'unique législateur. Il s'exprime dans des termes analogues à ceux dont se servait l'empereur romain. « Notre règne sera heureux, dit-il, si nous nous appliquons à conserver les bonnes lois, à corriger les mauvaises ¹. » Le roi cherche toujours à se hausser à la majesté du monarque romain.

Un fait révèle encore la maladresse de cette adaptation d'une forme romaine à la pensée germanique. La *decretio* de Childebert II ², dont le préambule accuse uniquement la conception germanique du ban royal, porte à la fin du texte la *recognitio* de la chancellerie. On lit, en effet, ces deux mots *Asclpiodorus recognovit*, avant l'indication de la date et du lieu.

¹ C. 9. Tous ces préambules se trouvent dans des ordonnances mérovingiennes. Les capitulaires carolingiens n'émettent pas de pareilles considérations : le protocole est une formule qui leur manque. On saisit bien là encore l'imitation romaine dans les premières ordonnances des rois, qui sont les ordonnances mérovingiennes. Aussitôt établis en Gaule, les Francs s'empressèrent de se servir des modèles romains. Cf. Giry, *Manuel de diplomatique*, Paris, 1894, p. 531 et suiv.

² C. 7. Il y a deux autres capitulaires mérovingiens qui portent la trace des attestations officielles : C. 5 (édit de Gontran) a la *subscriptio* du roi et C. 9 (édit de Clotaire II) qui porte peut-être sous le nom de Hamingus la signature du chancelier et en tout cas celle de Clotaire II, puis des grands, avant l'indication de la date et du lieu. Ces trois ordonnances mérovingiennes sont à signaler à cause de leur différence sur ce point avec tous les capitulaires et en particulier avec les capitulaires carolingiens qui n'ont jamais, en principe, de signes d'authentification. (Cf. *infra*, p. 284.)

C'est la marque ordinaire des constitutions romaines. On l'a appliquée ici, bien que l'ordonnance n'ait point reçu par ailleurs la forme romaine.

Toutes ces citations nous prouvent que l'imitation romaine a été aussi complète qu'elle pouvait l'être dans les formes de langage des constitutions romaines. Mais cette imitation, faite parfois à contre-temps, dissimule mal parfois la persistance sous cette terminologie romaine du vieux fond de conception germanique ¹.

DEUXIÈME SUBDIVISION. — *L'imitation romaine dans la notion même de la législation émise d'autorité.*

Ce n'est pas en quelques années que les Francs, qui en étaient à la conception du cas de loi, ont pu franchir la grande distance qui les séparait des Romains au lendemain des invasions ². Il leur a fallu, comme

¹ Les ordonnances mérovingiennes sont au nombre de neuf seulement : tout au moins celles qui nous sont parvenues. Leur caractère oral (cf. *infra*, p. 280) explique sans doute le petit nombre que nous en possédons. Le C. 1, 2, 5, 6, 8, 9, sont des constitutions romaines en la forme. Le C. 3 (*Pactus*) et 7 (*decretio Childeberti II*) répondent à la conception germanique du ban royal. — Enfin le C. 4 (édit de Chilpéric) obéit tout à fait à la conception de la *laghsaga*, où le roi ne se borne pas à émettre des ordres, mais révèle la *lex* comme le diseur de droit et dans les mêmes termes : *convenit... placuit...*

² Il ne faut pas, en effet, se laisser prendre à la terminologie latine des textes de l'époque franque pour admettre que les Francs ont emprunté aux Romains leurs institutions juridiques. C'est ce que l'étude des chartes confirme également. A travers le moule romain, on aperçoit, si l'on regarde bien, une pensée germanique. Il faut donc distinguer la forme et le fond dans l'utilisation des modèles romains à l'époque franque.

du reste autrefois aux Romains eux-mêmes, de longs siècles pour acquérir l'idée de la règle juridique générale, établie et sanctionnée par l'autorité publique. Sous l'influence romaine, toutefois, ils connurent rapidement, au cours de leur ascension vers le concept supérieur de règle générale, une nouvelle étape.

Le roi, qui dès le début de l'époque franque s'efforçait d'acquérir le pouvoir législatif et de faire reconnaître son autorité, en vint naturellement à imiter les procédés du tout-puissant empereur romain, qui n'avait, semblait-il, qu'à émettre des constitutions pour être obéi de tout son empire. Aussi le roi fit-il un usage de plus en plus fréquent de son droit de commandement connu sous le nom de droit de ban du roi.

Mais il n'est pas arrivé aux mêmes résultats que l'empereur romain. Sans doute, l'un et l'autre se présentaient comme créateurs du droit : tous deux considéraient leur seule volonté comme étant l'unique fondement du droit. La norme juridique prenait alors le caractère d'un ordre établi et sanctionné par l'autorité. Mais la différence qui séparait les Francs des Romains et faisait apparaître, chez les uns comme chez les autres, deux types distincts de législation était encore très importante. Tandis que l'empereur romain statuait par règle générale et pouvait, à ce titre, soit abolir radicalement le droit coutumier, soit créer un droit aussi stable que le droit coutumier, le roi, au contraire, ne légifère point par règle générale, il ne peut pas abroger l'ancien droit et, s'il lui est possible

d'établir un droit nouveau, fondé sur sa seule volonté¹, il ne peut que lui réserver un rôle accessoire vis-à-vis du droit coutumier. Le monarque franc ne dispose pas du pouvoir législatif, au sens moderne ou romain du mot, il a seulement comme chef de la collectivité le droit *germanique* de ban, droit de commandement ou puissance de contrainte. Aussi sa législation procède-t-elle par voie d'ordres généraux donnés à tous les sujets du royaume sous la sanction primitivement d'une amende, puis d'une peine corporelle².

¹ Le droit de ban est le fondement du droit royal, droit essentiellement législatif et territorial, qui se développe par la volonté des administrateurs du royaume, par la volonté du roi. Comme tel, il s'oppose au droit populaire ou à la *lex*, droit coutumier et personnel.

² C'est, en effet, la définition même du droit de ban du roi. Summer-Maine (*L'ancien droit considéré dans ses rapports avec l'histoire de la société primitive et avec les idées modernes*, traduit sur la 4^e édition anglaise par Courcelle-Seneuil, Paris, 1874, p. 8 et suiv.) caractérise la différence qui sépare encore l'injonction, l'ordre émanant de l'autorité publique et la règle générale, la loi moderne, émanant elle aussi de l'autorité publique. Une vraie loi prescrit à tous les citoyens sans distinction un nombre d'actes de même classe et de même sorte. Un ordre, au contraire, ne prescrit qu'un acte. Par conséquent les thémistés (sentences rendues par les prétendues divinités grecques) se rapprochent plutôt des ordres que des lois. Ce sont de simples sentences sur des points de fait, isolées, sans lien les unes avec les autres. On peut en dire autant des ordres délivrés par le roi en vertu de son droit de ban. Ce ne sont, en tous cas, pas encore des lois, au sens moderne du mot, qui prescrivent une série indéterminée d'actes ou de faits. (Cf. origine et modes d'exercice primitif du droit de ban : ban d'administration, ban de paix et ban d'ordonnance, qui seul nous intéresse, puisqu'il modifie la *lex* d'autorité, Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, II, pp. 34-41.) Cf., en outre, Waitz, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, II, 1, 3^e Auflage, pp. 210-213 ; III, 2^e Auflage, p. 315 et suiv. ; Sohm, *Die fränkische*

Le droit de ban du roi n'est pas aussi parfait que le pouvoir législatif de l'empereur romain. Il nous intéresse pourtant au plus haut point : il n'inspire pas seulement et d'une manière exclusive la plupart des capitulaires de l'époque franque, mais encore il nous permet de caractériser une étape nouvelle dans l'évolution de la législation et de considérer toute l'étendue des modifications que peut subir la *lex* sous son influence.

La *lex* ne peut être qu'indirectement modifiée par le droit royal ¹. La volonté du roi est, vis-à-vis de la *lex*, dans la même situation que celle du préteur en présence du *ius civile*. Les fonctions du droit royal sont les mêmes que celles du droit prétorien : elles sont mises en œuvre au moyen d'un pouvoir de commandement analogue, connu sous le nom de droit de ban chez le roi et d'*imperium* chez le préteur.

Reichs und Gerichtsverfassung, I, *Die Verfassung der fränkischen Reichs*, pp. 102-140 ; *Dahm, Die Könige der Germanen*, 8. Band, *Die Franken unter den Karolingern*, 6. Abtheilung, Leipzig, 1900, pp. 48-55.

¹ La législation du roi ne porte pas du tout le nom de *lex*, loi, et elle est, au contraire, en présence de la coutume, droit populaire, appelée par excellence la *lex*.

² L'intéressant passage de Sohm établit avec un relief saisissant la comparaison du droit royal avec le droit prétorien et du *ius civile* avec la *lex* et fait ressortir notamment le caractère subordonné, inférieur, supplétoire du droit royal (*Amtsrecht*) comme du droit prétorien (*ius praetorium*) vis-à-vis de la coutume, source du droit alors prépondérante et désignée sous le nom de *lex* (*Volksrecht*) en droit franc et de droit civil (*ius civile*) à Rome. Sohm, *Die fränkische Reichs und Gerichtsverfassung*, op. loc. cit.

1° *Le ban est utilisé pour seconder la « lex ».* — C'est ainsi que l'on peut d'abord déterminer un premier mode d'exercice du droit de ban. Ce dernier aide ou favorise l'application de la *lex* : il la seconde et la renforce. Bien loin de s'opposer à la *lex*, il se superpose à elle et l'appuie de son autorité supplémentaire¹. Les amendes pécuniaires et les peines corporelles seront peu à peu créées par le roi au profit de l'application de la *lex*. Jamais la *lex* n'aura été encore aussi solidement protégée : le ban royal se fait l'auxiliaire du droit populaire.

En matière délictuelle, l'intervention du ban du roi provoque notamment des conséquences importantes. La *lex* punit inégalement les délinquants en laissant à la victime ou à la famille de la victime le soin de réclamer la composition fixée. Il est clair, en effet, que la famille de la victime, si elle est physiquement la plus faible, se verra en fait condamnée à s'abstenir de réclamer la réparation du préjudice causé et réduite, en définitive, à subir des humiliations continuelles. Désormais, elle ne sera plus entièrement à la merci de la force du délinquant : elle sera soutenue par le représentant du roi, qui viendra près du coupable soit pour infliger une peine corporelle, soit pour réclamer une composition distincte, destinée à réprimer la violation de la paix publique. Le coupable devra désintéresser dorénavant non plus seulement la

¹ Cf. Girard, *Manuel*, 6^e édit., pp. 38-39. Le préteur a, lui aussi, commencé par faciliter l'application de la *lex*.

victime ou la famille de sa victime, mais encore le représentant de l'autorité publique. Le ban du roi, en mettant toute sa force au service de la *lex*, régularise ainsi les sanctions.

2° *Le ban sert à combler les lacunes de la « lex ».* — Le ban du roi n'a pas que le rôle auxiliaire d'aider la *lex* : il exerce encore une autre fonction plus importante et en même temps plus indépendante vis-à-vis du droit populaire traditionnel. Cette fonction consiste à compléter la *lex*, à prévoir ce que n'a pas encore prévu la vieille coutume ancestrale. Deux exemples, tirés l'un de la citation en justice, l'autre de la saisie des biens du débiteur, suffiront à préciser ce rôle nouveau du ban royal.

La *lex salica* ne prévoyait pas que la comparution de l'adversaire fût assurée par une autre personne que le demandeur. C'était la *mannitio*¹. Or ces vestiges de justice privée devaient tendre à s'effacer en présence de l'affermissement de l'autorité publique. Le roi établit au tribunal royal la *bannitio* ou citation du défendeur par le moyen de la lettre et du sceau royaux. Cette institution pénétra peu à peu dans la pratique et s'appliqua devant les tribunaux populaires, où le comte, sur la plainte du demandeur, cita directement le défendeur à comparaître².

¹ *Lex salica*, I de mannire (Behrend, pp. 1-3). La *mannitio* rappelle l'*in ius vocatio* romaine.

² C. 134, c. 4; C. 139, c. 12; C. 278. — Cf. Sohm, *op. cit.*, pp. 114-117.

La saisie immobilière n'était pas non plus prévue par la *lex*, qui se préoccupait plutôt de la saisie des meubles¹. Au fur et à mesure du développement de la richesse immobilière et de l'apparition de plus en plus nette de la propriété individuelle, il était illogique de continuer à vivre exclusivement avec les anciens préceptes de la *lex* et de laisser les immeubles hors du gage des créanciers. Le roi mit fin à cette situation paradoxale en instituant une procédure royale de confiscation immobilière. Le roi prit en mains l'affaire du créancier et confisqua la fortune immobilière du débiteur. Ce dernier devait dans l'an et jour se libérer, sinon la propriété était transférée par le roi au créancier à titre de dédommagement².

Le droit royal, quand il complète ainsi la *lex*, nous rappelle que le droit prétorien, lui aussi, comble les lacunes du *ius civile*. Ainsi, pour ne citer qu'un exemple, tandis que le vieux droit civil romain ignore complètement la constitution d'hypothèque, le préteur annonce qu'il donnera au créancier, auquel une chose aura été conventionnellement affectée à titre de sûreté, une action pour en réclamer la possession

¹ *Lex salica*, LIX de *alodis* (Behrend, pp. 124-126), traite aux successions, en quatre articles, de la succession mobilière, la première et la seule connue à l'origine, et consacre un cinquième et dernier article seulement à la succession immobilière. On s'inquiète donc, en général, davantage du sort des meubles : ainsi encore la saisie privée des meubles est prévue dans C. 26, c. 25 (Saxe) ; C. 94, c. 14 (Lombardie) ; le roi veut la contenir dans de sages limites.

² C. 41 ; C. 134, c. 5 ; C. 139, c. 11 ; C. 208 ; 261 ; 272 ; 273, finissent par mentionner la *missio in bannum* comme une institution courante. Cf. Sohm, *op. cit.*, pp. 117-124.

de tout détenteur : c'est une action *in factum*, prétorienne¹.

Le droit royal comme le droit prétorien ont encore pour trait commun de ne pouvoir absolument pas créer directement une règle nouvelle : par la mise en œuvre exclusive du droit de ban, le roi ne peut pas plus établir une *lex* nouvelle² que par l'exercice de l'*imperium* le préteur ne parvient à établir un *ius civile*. Or, il n'y a que la *lex* en droit franc et le *ius civile* à Rome qui méritent le titre de règle par excellence. Le roi crée uniquement un droit royal comme le préteur un droit prétorien. Droit royal et droit prétorien se juxtaposent à la coutume et, bien qu'ils se présentent par rapport à celle-ci comme un droit moins parfait, arrivent à remplacer pratiquement la *lex* ou le *ius civile* qui fait défaut, en permettant précisément de se passer de la disposition juridique qui établirait la *lex* ou le *ius civile*. En fait, l'un comme l'autre ont un caractère essentiellement novateur et créateur.

3° Le ban parvient à paralyser l'application de la

¹ Girard, *Manuel*, 6^e édit., pp. 40-41.

² Pour éviter toute erreur, nous rappelons qu'il s'agit ici de la mise en œuvre du droit de ban du roi. Le roi, en se présentant ici comme créateur du droit, ne peut pas, par le seul moyen de son droit de ban, créer la *lex* ; il établit un droit de nature législative, qui repose sur la volonté seule du roi. C'est le droit royal. Cependant nous savons (cf. *suprà*, p. 191) qu'il parvient à créer la *lex* en se posant comme interprète du droit et en usurpant les fonctions du diseur de droit. Il y a là deux étapes distinctes dans l'évolution de la notion de législation.

« *lex* ». — Le ban du roi exerce vis-à-vis du droit populaire une dernière fonction, la plus importante : il neutralise l'application de la *lex* en frappant d'une amende ou d'un châtement corporel celui qui exercerait un droit formellement reconnu par la coutume. Le droit royal entre alors directement en lutte avec la *lex* pour lui faire subir des modifications susceptibles de la mettre en harmonie avec les mœurs du temps présent. C'est par cette attitude que le roi parvient à exercer une influence plus directe sur le droit coutumier en vigueur.

Les exemples de ce mode d'exercice du droit de ban du roi abondent : nous n'en citerons que quelques-uns à l'appui de notre démonstration. Ainsi le roi défend, sous peine d'amende ou de châtements corporels, de vendre les esclaves à l'étranger, acte autorisé par la *lex*¹. De même, la saisie privée des meubles d'un débiteur, jusqu'alors pratiquée de temps immémorial, est prohibée par le roi sous peine d'amende². Le port d'armes à l'assemblée judiciaire, considéré traditionnellement comme un honneur pour chacun des hommes libres tenus de se rendre à l'assemblée, finit par être également puni³. La *faida* ou guerre privée, tolérée et permise par le droit populaire, est réprimée par le ban royal⁴. Le roi même ne

¹ C. 20, c. 19 ; C. 90, c. 7.

² C. 26, c. 25 ; C. 139, c. 16.

³ C. 158, c. 5.

⁴ C. 20, c. 22 ; C. 33, c. 32 ; C. 44, c. 5 ; C. 193, c. 8 ; C. 275, c. 10 : la lutte a été persévérante. Charlemagne, Louis le Débonnaire et

se contente pas d'interdire un acte déterminé, il exige parfois de ses sujets l'accomplissement d'un acte déterminé : comme le baptême de l'enfant dans l'année¹.

Ici encore le roi, quand il entre ainsi en lutte avec la *lex*, fait naturellement penser au même mode d'activité du prêteur en présence du *ius civile*. Ainsi le magistrat romain annonce que, tandis que, selon le *ius civile*, l'engagement obtenu par dol est néanmoins valable, il donnera désormais à la victime du dol une exception pour ne pas exécuter cet engagement, c'est-à-dire qu'il insérera dans la formule de l'action en faveur du débiteur lésé une clause disant au juge de condamner le débiteur seulement *si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat*. C'est l'*exceptio doli mali*².

Le droit royal et le droit prétorien ont une infériorité commune : ils ne peuvent pas abolir directement une règle traditionnelle de la *lex* ou du *ius civile*. Ils aboutissent pourtant aux mêmes résultats par des voies obliques : puisqu'ils neutralisent la règle juridique en vigueur et permettent ainsi de se passer de la disposition juridique qui aurait qualité pour défaire sur ce point la *lex* ou le *ius civile*.

Charles le Chauve s'y sont successivement employés ; il était difficile de lutter contre une institution aussi solidement implantée dans les mœurs.

¹ C. 26, c. 19.

² Girard, *Manuel*, 6^e édit., pp. 41-42.



A l'époque franque, la législation royale est, par rapport à la coutume, dans une situation tout à fait inférieure. Elle s'est glissée d'abord dans le cadre même de la *laghsaga* salienne, sur laquelle elle s'était greffée : elle s'est développée à l'abri de la *lex* et en a imité fidèlement les méthodes de travail. La législation se pare d'un vêtement coutumier : elle se présente sous le masque de la coutume. Le chef de la collectivité devient diseur de droit : le roi révèle la *lex*. En même temps, et par suite de l'influence romaine qui a brusqué chez les Francs la marche de la culture juridique, apparaît une conception nouvelle de la législation, qui logiquement n'aurait dû faire son apparition qu'après la première. La législation rejette alors tout masque coutumier et s'affiche ouvertement à côté de la *lex*. La volonté du roi fonde directement un droit qui s'installe aux côtés de la coutume. Sans doute, le roi peut alors par son droit de ban aller jusqu'à faire subir des modifications à la *lex*, mais il n'y parvient que par des moyens indirects : à la différence de la constitution impériale romaine ou de notre conception actuelle de la législation, il ne peut directement ni créer ni même abroger une règle juridique. Ce rôle inférieur de la législation vis-à-vis de la coutume se traduit d'ailleurs dans la terminologie juridique de l'époque franque. Le mot *lex* est toujours employé pour désigner la coutume ; jamais la légis-

lation, sous l'une quelconque de ces deux formes, n'est appelée *lex* : elle porte des noms divers tels que *praeceptum*, *edictum*, *auctoritas*, *capitulum*. Or, l'application du terme *lex* à l'idée de droit populaire est caractéristique de la seule source du droit pendant longtemps connue, le droit coutumier, et constitue en outre, depuis l'apparition de la législation comme source concurrente, l'attestation vivante de la prépondérance absolue de la coutume sur la législation.

CHAPITRE III

Résultats juridiques des transformations internes et externes de la « *lex* ».

Que le roi se serve des procédés de confection de la *lex* pour la développer ou qu'il mette en œuvre exclusivement son droit de ban pour la modifier, il y a toujours en lui deux attitudes qui ne peuvent pas conduire à une similitude de résultats juridiques. Sans doute, dans les deux cas, l'objet de la décision est la *lex*, mais dans l'un la décision du roi se dérobe sous un vêtement coutumier préexistant et dans l'autre elle s'affirme, au contraire, nettement comme un acte personnel d'autorité. Cette différence de conceptions juridiques ne peut manquer d'entraîner des conséquences très intéressantes au point de vue de l'autorité respective de chacune des dispositions juridiques qui répondent à l'une ou à l'autre de ces conceptions du droit.

Boretius a cru pouvoir découvrir une nouvelle raison d'opposer les *capitula legibus addenda* aux *capitula per se scribenda*. L'autorité, dont jouiraient ces deux sortes de capitulaires, ne serait pas la même. Les *capitula legibus addenda* seraient assimilés complètement et en tous points à la *lex* : ils participeraient à son immense durée et à ses sanctions direc-

tes; les *capitula per se scribenda* dépendraient surtout de l'autorité du roi : ils seraient de courte durée et n'auraient que des sanctions indirectes. Ces capitulaires s'opposeraient entre eux comme la *lex* s'oppose aux *capitula*.

Sur ce point, la doctrine de Boretius nous paraît trop absolue. Tout d'abord, nous n'acceptons la terminologie de cet historien que pour donner aux *capitula legibus addenda* le sens de dispositions ¹ inspirées par la survivance de la conception germanique de la *lex* et aux *capitula per se scribenda* celui de dispositions où domine l'imitation de la conception romaine. Or, même ainsi précisée, l'opposition relevée entre ces deux conceptions n'est pas aussi nette dans ses effets que le prétend Boretius.

D'abord les *capitula legibus addenda* sont des capitulaires émis dans les mêmes formes que les *capitula per se scribenda* : ils sont, les uns comme les autres, essentiellement oraux. Ce caractère oral agit dans le même sens à la fois sur les deux sortes de dispositions juridiques. Ce trait commun permet d'expliquer dans une large mesure le peu d'autorité dont elles bénéficient à l'époque franque.

Ensuite les *capitula legibus addenda*, bien que participant à certains caractères de la *lex*, ne peuvent pas être assimilés à la *lex*, au point que la différence existant entre la *lex* et le droit royal est exactement

¹ Sous réserve de ce que nous avons dit au sujet du principe de l'absence d'une composition homogène pour les capitulaires. Cf. *suprà*, p. 252.

la même que celle qui sépare les *capitula legibus addenda* des *capitula per se scribenda*. Les *capitula legibus addenda* ont un caractère mixte : ils tiennent à la fois de la *lex* et du capitulaire ordinaire. C'est dans cette mesure seulement que les *capitula legibus addenda* se distinguent par leur autorité des *capitula per se scribenda* qui sont une législation pure et sans aucune alliance avec la *lex* préexistante.

Mais comme cette distinction est dominée en grande partie par la nature orale de la législation royale tout entière, nous ferons ressortir d'abord ce trait, commun à tous les capitulaires, avant de mesurer ensuite l'autorité dont jouit soit la décision royale qui contribue au développement interne de la *lex*, soit la décision royale qui tente une modification externe de la *lex*.

SECTION I. — TRAIT COMMUN A TOUS LES CAPITULAIRES : LEUR NATURE ORALE.

Certains auteurs ¹, partant de l'idée que le droit coutumier se confond avec le droit non écrit et la législa-

¹ Cf. en particulier, Planiol (*Traité élémentaire de droit civil*, I, p. 5) qui explique la terminologie de droit écrit. Cette expression vient des premiers temps de la république romaine. L'écriture était rare et le droit coutumier était réellement non écrit, tandis que la loi était écrite, gravée sur des tables de marbre ou de bronze, que l'on conservait au Capitole, dans le *Tabularium*. Cette explication peut être accueillie pour l'époque qui est visée; mais, dans tous les cas, elle ne saurait être admise, si de ce fait l'on concluait que la législation à ses débuts apparaît déjà sous la forme écrite. Il y aurait là une conclusion exagérée et formellement démentie par l'histoire et notamment par l'époque franque.

tion avec le droit écrit, supposent que les capitulaires ont dû être mis par écrit. Nous savons déjà que le premier terme de cette affirmation reçoit un démenti de la part du droit coutumier de l'époque franque. Le droit coutumier des Franes et des Germains, purement oral, en effet, à l'assemblée judiciaire générale où il était révélé par le diseur de droit, a pris peu à peu la forme écrite, si bien que les *leges barbarorum* sont précisément les monuments de ce droit coutumier, mis par écrit au lendemain des invasions, pendant le cours de l'époque franque. Mais le second terme de l'affirmation des auteurs encourt, lui aussi, le reproche de trouver sa contradiction dans la législation franque. Les capitulaires, bien qu'étant une législation, ne sont pas écrits : ils sont oraux. La loi a été orale avant de devenir écrite. L'examen de l'aspect extérieur des manuscrits des capitulaires et la description des efforts divers de la royauté pour assurer la conservation écrite des capitulaires nous fournissent les deux arguments décisifs en faveur de la nature orale de la législation royale.

§ I. — *Aspect extérieur des manuscrits
des capitulaires.*

Les capitulaires sont loin de répondre à des traits définis. On peut toutefois dégager certains traits caractéristiques en opposant les capitulaires aux principaux écrits officiels du roi, aux diplômes¹. Ordi-

¹ Nous n'entendons pas approuver sans réserves la qualification de capitulaire, donnée à tous les actes que Boretius classe comme

nairement, les capitulaires se distinguent par des caractères extérieurs qui tous font ressortir la nature orale de ce genre de décisions royales¹.

1° *La rédaction objective et irrégulière.* — En principe, et tout en faisant des réserves sur les capitulaires mérovingiens qui empruntent la terminologie des constitutions de l'empereur romain, on peut dire que les capitulaires s'opposent d'abord aux diplômes et aux mandats par leur forme impersonnelle. Tandis que la rédaction des diplômes est subjective, au contraire celle des capitulaires est objective. Le roi parle lui-même dans les diplômes. Le capitulaire, par contre, dit : on a décidé, on a adopté. Et ce qui est singulier, c'est que les instructions du roi à ses *missi* sont rédigées objectivement : même celles qui sont adressées à des *missi* éloignés de la cour du roi revêtent la forme impersonnelle².

capitulaires dans son édition. Ainsi C. 17, 29, 30, 75, 76, 97, 103, 132, 133 sont des mandats et non pas des capitulaires. Boretius n'a pas défini au juste ce qu'il entendait par capitulaire. De là des inexactitudes.

¹ Des différences nombreuses séparent les capitulaires et les diplômes. Nous ne citons au texte que celles qui font ressortir la nature orale des capitulaires. Ordinairement la division en articles est une forme inhérente aux capitulaires. Mais il ne faut rien exagérer. Sans doute le nom a été donné pour cette raison aux capitulaires, il ne faut pourtant pas croire que la division en chapitres soit un signe nécessaire des capitulaires. Nous avons des réglementations divisées en chapitres et qui ne sont pas des capitulaires. C'est le cas des contrats. Par contre, des capitulaires ne portent pas toujours cette division en articles. Ainsi dans les textes cités par Boretius comme étant des capitulaires se trouvent C. 1, 2, 5, 17, 21, 152.

² Ainsi C. 152, 187. — Comp. les indications de Giry, *Manuel de diplomatique*, p. 537 et suiv.

Mais ce qu'il y a de plus caractéristique peut-être, c'est la forme tantôt subjective, tantôt objective de certains capitulaires. On ne peut attribuer ces variations aux copistes, car tous les manuscrits sans exception reproduisent cette variation bizarre¹. Cette constatation est tout à fait significative pour le caractère oral du capitulaire².

2° *Absence ou forme singulière des protocoles.* —

Le protocole est un formulaire encombrant en usage dans toutes les chancelleries. Il est destiné à être incorporé dans tous les actes. Or, en général, on ne le trouve pas dans les capitulaires, alors que les diplômes en ont habituellement un.

¹ Ainsi C. 20, 26, 28, 33, 40, 77 : ces deux derniers sont surtout typiques.

² D'autres différences sont à signaler entre les capitulaires et les autres actes royaux : elles sont secondaires. C'est, par exemple, l'*invocatio* (l'appel de Dieu), l'*intitulatio* (le titre du roi), qui ne sont pas les mêmes dans les capitulaires (C. 10, 12, 22, 91, 98, 134, 139) que dans les autres actes royaux, émis par les maires du palais, Carloman, Pépin, Charlemagne, Louis le Débonnaire. La manière de dater est également différente. Dans les diplômes on compte plutôt par année de règne, au contraire dans les capitulaires la date est fixée par les années de l'ère chrétienne (C. 10, 12, 23, 27, 28, 136, 215, 216, 221, exception pour C. 98). Les dates sont placées dans les diplômes à la fin de l'acte, comme des parties indépendantes ; celles des capitulaires sont toujours au début avec l'*intitulatio*. Enfin tout ce qui devait être dit sans faire l'objet d'un article spécial était dans le diplôme relégué à la fin et dans le capitulaire mis plutôt au début, avant les articles. — Seul le caractère exceptionnel des capitulaires mérovingiens, dans leur ensemble, fait qu'ici encore, dans C. 5, 6, 7, 9, on trouve l'indication du lieu et celle de la date par année de règne, à la fin du document comme dans les constitutions impériales romaines. Cf. Giry, *op. cit.*, p. 531. 577 et suiv.

Cependant, l'introduction de quelques capitulaires mérovingiens est calquée sur celle des constitutions romaines. Cela tient au caractère exceptionnel de la plupart des capitulaires mérovingiens. Même parmi les capitulaires carolingiens, on rencontre, mais très rarement, quelques titres explicatifs ou parfois un protocole authentique¹. Cette irrégularité dans les protocoles est encore un indice que le capitulaire n'est pas un écrit officiel.

3° *Absence de signes de validation royale.* — Mais la principale différence, qui sépare le capitulaire des autres actes royaux et fait ressortir la nature orale, est précisément l'absence de signes d'authentification royale. Jamais on ne mentionne l'existence d'un sceau royal, ni la *recognitio* de la chancellerie. Au contraire, le diplôme est un document inattaquable de l'expression de la volonté royale : il porte des marques extérieures qui en attestent la provenance officielle, sceaux du roi ou de ses principaux agents².

¹ Pour les titres explicatifs, par exemple : C. 82 dit : *capitularem qualiter missi nostri de latronibus agere debent* ; C. 95 : *incipit capitulare qualiter praecepit domus rex de quibusdam causis*. Pour les protocoles, cf. C. 10, 12. Certains sont objectifs, par exemple dans C. 77, 216, 221. — Enfin on trouve des termes qui excluent l'idée d'une rédaction écrite et officielle des capitulaires, ainsi dans C. 255 : *capitula acta sunt ... antequam illa quae praecedunt facta fuerint ... sed ideo ante illa posita sunt quae...* Cf. pour le protocole particulièrement C. 132.

² Dans les capitulaires recueillis et édités par Boretius, nous trouvons des signatures royales. Mais l'existence de ces signatures officielles ne dément pas ce que nous disons du caractère des capitulaires, car elle a toujours une raison toute spéciale. Ainsi nous

Esmein et Brissaud¹ donnent pourtant une autre explication de cet ensemble de différences entre les diplômes et les capitulaires. D'après eux, nous n'aurions pas les textes émanant de la chancellerie royale. Les comtes, qui ont reçu ces textes, ont dû faire disparaître le protocole et les autres signes d'authentification royale. Nous ne posséderions aucun original

avons compté parmi les capitulaires *mérovingiens* trois capitulaires qui ont les traces d'une rédaction officielle : C. 5, 7 (*recognitio* de la chancellerie), 9. Mais ces trois capitulaires mérovingiens portent visiblement la marque de l'imitation du formulaire des constitutions de l'empereur romain. De plus, C. 5 est un édit du roi Gontran où le roi promulgue sur les fêtes du dimanche les décisions des conciles (Boretius, *Beitraege*, p. 22) ; l'existence de la *subscriptio domni Guntchramni* achève de marquer cette appropriation, par le roi, des résolutions des conciles ; C. 7 atteste l'influence romaine pour la forme de la *decretio* et C. 9 révèle, en plus, une sorte d'engagement pris par le roi Cotaire II, en 614, avec les grands. D'autre part, nous avons compté parmi les capitulaires *carolingiens* neuf capitulaires qui portent des signatures ou attestations officielles. Ce sont C. 12, 45, 77, 136, 205, 221, 242, 254 et 272. Or, là encore les attestations officielles s'expliquent. Ainsi C. 45 et 136 sont des règlements de succession au trône qui doivent trouver leur application plus tard. On en profite pour leur donner une garantie complémentaire. Les autres sont des capitulaires ou des traités revêtus de la signature du maire du palais Pépin (C. 12) ou du roi (C. 77, 205, 221, 242, 254, 272) et aussi de celle des grands. Ces signatures avaient pour but de garantir l'exécution réciproque de mesures prises. Ces attestations se rattachent au mouvement qui, vers la fin de l'époque carolingienne, affaiblissait la royauté au profit des grands. L'abus du serment de fidélité montre, comme ces attestations, que vouloir être obéi et être obéi sont deux choses différentes pour un monarque. En tout cas, ces attestations officielles sont exceptionnelles sur les capitulaires, alors qu'elles sont la règle sur les diplômes.

² Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, 13^e édit., Paris, 1920, p. 122 ; Brissaud, *Cours d'histoire générale du droit français*, I, Paris, 1904, p. 110. Consult. Giry, *op. cit.*, p. 706. 713 et suiv.

des capitulaires. Seules les copies des originaux nous seraient parvenues.

Cette thèse est invraisemblable en elle-même et, de plus, elle ne rend pas compte de l'existence d'une catégorie spéciale de capitulaires. Il n'est pas naturel, en effet, de supposer qu'on ait fait subir à tous les capitulaires sans exception une pareille déformation. Plusieurs centaines de capitulaires sont en notre possession : nous ne pouvons pas supposer que sur ce nombre aucun original ne nous soit parvenu. D'autre part, nous avons une catégorie particulière de capitulaires ainsi intitulés : *capitula quasi memoriae causa*. Ce sont de simples notes destinées à éclairer la mémoire. Qu'est-ce à dire ? Les documents que nous avons ne viennent pas de la chancellerie : ils sont des notes prises par les auditeurs dans les assemblées où le roi promulgue oralement ses capitulaires. Munis de ces notes, les grands, une fois revenus dans leur circonscription, pouvaient faire connaître et faire exécuter les ordres du roi. Par conséquent les textes qui nous sont conservés sont des aide-mémoire et, pour cette raison, ne peuvent pas présenter de signe d'authentification royale. Cette conclusion est, du reste, en harmonie avec celle qui ressort naturellement et de l'absence de protocole et du caractère impersonnel de la rédaction des capitulaires.

§ II. — *Efforts de la royauté pour assurer la conservation des capitulaires.*

Le roi était à la merci des comtes et des évêques, — des assistants, — à ses assemblées, pour faire exécuter ses capitulaires dans le royaume. Aussi, dès que les grands commencèrent à se montrer indépendants, fut-il amené à prendre une série de mesures pour faire rédiger par écrit les capitulaires. Ces mesures ne supposent pas l'existence d'une rédaction officielle, habituellement écrite, comme on le croit généralement¹ : elles révèlent, au contraire, le caractère exceptionnel d'une pareille rédaction écrite, en faisant ressortir les efforts répétés de la royauté pour introduire un système de conservation écrite des capitulaires. Les textes sur la matière le montrent nettement.

Nous savons déjà² qu'en 803 le roi fit écrire les *capitula legibus addenda* de cette année, ordonna d'en donner lecture dans toutes les assemblées judiciaires locales (*mallum legitimum*), où le peuple tout entier est présent, et demanda non seulement aux grands, mais au peuple, de manifester son *consensus*, c'est-à-dire sa promesse d'observer les capitulaires. Il s'agit là d'un effort plus accentué de la part du roi pour faire connaître partout ses décisions et assurer plus efficacement leur souvenir.

En 808, le roi, après avoir réglementé pour certains

¹ Esmein, *op. cit.*, pp. 122-123 ; Brissaud, *op. cit.*, pp. 108-109. 110.

² Cf. *suprà*, p. 225.

territoires la levée de l'armée, ordonne¹ la rédaction écrite de son capitulaire en quatre exemplaires : l'un pour les messagers du roi, l'autre pour les comtes, un autre pour les *missi*, chargés de lever l'armée, enfin un dernier pour le chancelier. Or il ressort du texte que comtes et messagers du roi doivent se procurer par eux-mêmes et d'une manière indépendante les copies de ce capitulaire. Evidemment l'exemplaire des comtes et celui des messagers du roi ne pourront pas suffire pour tous les comtes ni pour tous les messagers du roi.

Istius capitularii exemplaria quatuor volumus ut scribantur : et unum habeant missi nostri, alterum comes in cujus ministeriis haec facienda sunt, ut aliter non faciant, neque missus noster neque comes nisi sicut a nobis capitulis ordinatum est, tertium habeant missi nostri qui super exercitum nostrum constituendi sunt, quartum habeat cancellarius noster.

Ce texte est à rapprocher d'un capitulaire de date indéterminée (803-813), qui nous indique également que les *missi* doivent eux-mêmes se munir du texte des capitulaires. Les messagers du roi devront l'envoyer à leurs collègues, afin que nulle part l'excuse de l'ignorance ne soit alléguée² :

Quicumque ista capitula habet, ad alios missos ea

¹ C. 50, c. 8.

² C. 67, c. 6.

transmittat qui non habent, ut nulla excusatio de ignorantia fiat.

Il n'y a pas de rédaction officielle. Jusqu'ici le roi, par des tentatives isolées, s'efforce de remédier aux inconvénients du caractère oral des capitulaires. Avec Louis le Débonnaire, les efforts de la royauté deviennent plus précis. Le roi tente un essai de conservation écrite des capitulaires importants, rendus en l'an 819¹ :

Libuit nobis ea quae congesta sunt ob memorie firmitatisque gratiam **in unum strictim congerere et subjectis capitulis adnotare et in publico archivo recondere, ut successores** Deo dispensante **nostri** nostra pia facta **conservantes ipsi** nihilominus bona facta sua **successoribus suis servanda perdoceant.**

Ce texte a été invoqué par certains auteurs pour démontrer le caractère nécessairement écrit du capitulaire en général. A notre avis, il faut distinguer la

¹ C. 137 *in fine*. Cette introduction générale à la législation de 818-819 est intéressante. A la lire attentivement, on constate que le roi est sous l'influence du clergé. Louis le Débonnaire devra promulguer des *capitula ecclesiastica* aussi bien que des *capitula mundana*. Il est tout naturel que le clergé ait poussé le roi à prendre les mesures de conservation écrite, qui étaient dans la tradition de la législation canonique. Cette influence ecclésiastique se comprend d'autant mieux que le clergé était intéressé à ce que les *capitula ecclesiastica* fussent connus de tous et appliqués partout bien fidèlement. Par conséquent, cette tentative de conservation écrite des capitulaires revêt, du fait de cette influence ecclésiastique, un caractère exceptionnel qu'il est essentiel de souligner.

signification du texte et la conclusion qu'on prétend fonder sur ce témoignage. Sans aucun doute, ce passage rend compte d'une rédaction officielle de la législation royale émise en 819. Le roi réagit ici encore contre l'oubli de ses capitulaires et recourt cette fois au meilleur remède : la rédaction officielle de ses décisions. Mais cette résolution du roi laisse supposer qu'il n'existait jusque-là aucun système de conservation écrite des capitulaires. Le roi s'efforce de l'introduire. Remarquons qu'il ne s'agit expressément que d'une année déterminée, l'année 819, où fut émise une législation particulièrement importante que l'on a répartie en capitulaires ecclésiastiques et en capitulaires mondains. Il est naturel que le roi ait songé à préserver de l'oubli ces dispositions juridiques nouvelles, si dignes d'intérêt à ses yeux. On ne saurait, dès lors, conclure ici du particulier au général ni, par conséquent, admettre que dans toutes les années, soit avant 819, soit même après, la conservation écrite des capitulaires était assurée par les soins du roi ou de sa chancellerie. Il n'y a là qu'une tentative plus sérieuse de la part du roi, mais qui conserve son caractère exceptionnel¹.

A d'autres reprises, le roi revient encore sur la même idée. C'est ce qui montre que, dans la pratique,

¹ C. 137 (avant-dernier alinéa du *prooemium*) atteste l'influence du clergé sur le roi. C'est cette influence qui donne à la mesure de conservation écrite un caractère exceptionnel. Le clergé obtient du roi, pour la législation de 819, le procédé de conservation écrite qui était en usage pour assurer la rédaction écrite et officielle de la législation ecclésiastique.

les efforts du roi étaient loin d'obtenir satisfaction. Peu à peu cependant une habitude, très irrégulière d'ailleurs, amena de temps à autre une rédaction écrite des capitulaires par le chancelier vers la fin du règne de Louis le Débonnaire et sous le règne de Charles le Chauve.

En 825, une allusion est faite à des capitulaires transcrits par le chancelier ¹ :

Volumus etiam, ut capitula quae nunc et alio tempore consulta fidelium nostrorum a nobis constituta sunt a cancellario nostrò archiepiscopi et comites eorum de propriis civitatibus modo aut per se aut per suos missos accipiant, et unusquisque per suam diocesim ceteris episcopis, abbatibus, comitibus et aliis fidelibus nostris ea transcribi faciant et in suis comitatibus coram omnibus relegant, ut cunctis nostra ordinatio et voluntas nota fieri possit.

Le souci qu'a la royauté de lutter contre l'oubli des capitulaires se manifeste à nouveau et le roi décrit la méthode que devront suivre les grands pour faire connaître à tous sa volonté par une lecture publique de ses décisions officiellement écrites.

Une autre allusion à l'intervention du chancelier se retrouve dans un témoignage de 853, où le roi insiste pour que sa décision soit appliquée fidèlement.

Capitula autem avi et patris nostri quae in praescriptis commemoravimus, qui ex missis nostris non

¹ C. 150, c. 26.

habuerint et eis indiguerint ut commissa per illa corrigere possint, sicut in eisdem capitulis iubetur de scrinio nostro vel a cancellario nostro accipiant ut rationabiliter et legaliter cuncta corrigant et disponant¹.

De même dans un texte contemporain, le roi mentionne l'usage d'écrire officiellement les capitulaires :

Mittatis ad palatium nostrum de more praedecessorum vestrorum missum vestrum et scriptorem cum pergamina et ibi de nostro armario ipsa capitula accipiat atque conscribat².

Ce qui achève de démontrer que la royauté franque n'a pas eu de système organisé pour conserver par écrit les capitulaires, c'est l'empressement des rois francs à conférer le caractère officiel aux deux recueils privés de l'époque franque.

Le premier recueil est celui d'Anségise, abbé de Fontenelle. Cet auteur³, « par amour pour les rois et dans l'intérêt de l'Eglise », entreprit de sauver les

¹ C. 260, c. 6. (Pour la publication des capitulaires, cf. encore Pertz, LL. I, pp. 423, 477, 490.)

² Pertz, LL. I, p. 427.

³ Brissaud, *Cours d'histoire générale du droit français*, I, Paris, 1904, pp. 110-111. Le recueil d'Anségise a eu tout de suite un succès considérable : nous en possédons cinquante manuscrits. Anségise s'est efforcé de nous trouver le texte pur des capitulaires. Une seule chose lui revient en propre : c'est une rubrique précédant chaque chapitre. Son travail est divisé en quatre livres : *capitula ecclesiastica* de Charlemagne et de Louis le Débonnaire ; *capitula mundana* de Charlemagne et de Louis le Débonnaire.

capitulaires de l'oubli. Son travail, terminée en 827, porte sur l'époque de Charlemagne et de Louis le Débonnaire. Mais Anségise n'a pu trouver que vingt-neuf capitulaires, alors que nous en possédons cent vingt-quatre de la même époque. Aussitôt Louis le Débonnaire, en 829, cite ce recueil, pourtant fort incomplet, comme l'expression officielle des capitulaires¹, et plus tard Charles le Chauve, en 853, ordonne aux *missi* de faire copier dans ce recueil les textes des capitulaires qu'ils n'ont pas². Il est clair qu'une investiture officielle donnée dans de telles conditions à ce recueil privé prouve que la conservation écrite et officielle des capitulaires n'existait pas en pratique.

Le deuxième recueil est encore plus suggestif. Tandis que celui d'Anségise, quoique très incomplet, donnait le texte pur des capitulaires, le deuxième recueil, au contraire, nous présente, sous l'apparence d'un complément du document d'Anségise, des textes dont beaucoup sont tout autre chose que des capitulaires. Cet ouvrage³ est connu sous le nom de recueil de faux capitulaires. L'auteur a découpé des passages dans le Code Théodosien, dans la loi romaine des Wisigoths, dans certains droits populaires et surtout dans les documents de la législation religieuse, décrétales, écrits des Pères de l'Eglise et décisions des conciles. De tout cela il a fait des capitulaires. Or ce qui

¹ C. 193, c. 5.

² C. 260, c. 6.

³ Brissaud, *Cours*, I, p. 111.

prouve combien les capitulaires étaient peu connus et mal conservés, c'est le succès extraordinaire de ce recueil. Au moment de son apparition, personne, en effet, ne l'a contesté, pas même des personnages particulièrement bien placés pour juger cette œuvre, comme Hincmar, et les rois de France eux-mêmes ont pris ces textes pour leurs propres capitulaires. En 861¹, l'édit de Kiersy-sur-Oise renvoie à ce recueil comme au texte officiel des capitulaires. Ce n'est qu'à partir du *xvii*^e siècle que la critique historique fit ressortir le caractère composite et fantaisiste de ce travail, tenu jusqu'alors pour un recueil de vrais capitulaires. Dans ces conditions, il est vraiment difficile pour nous de croire maintenant à l'existence habituelle d'une rédaction véritablement officielle des capitulaires.



Ainsi l'examen des manuscrits renfermant les capitulaires et l'étude des mesures diverses prises par les rois pour sauver leurs capitulaires de l'oubli nous conduisent à une conclusion favorable à la nature orale du capitulaire. L'association que l'on prétend nécessaire entre le droit écrit et la législation n'existe pas pour l'époque franque. Le capitulaire n'est autre chose que la législation et cette législation est précisément orale. Le droit, sous sa forme coutumière ou législative, a été d'abord oral avant de devenir écrit.

¹ C. 266 (Boretius, II, pp. 286-289).

Le caractère écrit, loin d'être un élément de la définition de la législation, constitue simplement un caractère extérieur, qui s'ajoute ou non à la norme juridique, que cette norme soit coutumière ou législative.

SECTION II. — DIFFÉRENCE ENTRE TOUS LES CAPITULAIRES : LEUR AUTORITÉ RESPECTIVE.

La nature orale de la législation royale assimile le capitulaire au *verbum* du roi. Cette législation devait son efficacité non pas à l'écrit, qui la plupart du temps faisait défaut, mais à la parole du roi, c'est-à-dire à l'ordre ou plus exactement au droit de ban du roi. De fait, la *lex salica* punissait déjà d'une amende de quinze sous celui qui enfreignait le *verbum* du roi¹. On comprend tout naturellement la raison pour laquelle nous ne possédons que neuf capitulaires mérovingiens. Et même nous avons dû perdre beaucoup de décisions royales de l'époque carolingienne. On se rend compte également de la faible autorité pratique des capitulaires. Sans doute, ils étaient respectés au même titre que la personne même du roi, mais ils avaient eux-mêmes, par suite de leur caractère oral, une cause particulière d'affaiblissement.

Pourtant certains capitulaires jouissent incontestablement d'une autorité plus grande que d'autres. Nous avons des témoignages très nets sur cette question.

¹ LVI *in fine*.

D'abord le capitulaire de 821¹ nous dit que les décisions, ajoutées l'année précédente à la *lex salica*, seront des capitulaires. Le roi veut même que ces décisions deviennent des capitulaires additionnels aux *leges*. Il est difficile de montrer plus clairement que les capitulaires additionnels aux lois apparaissent au roi, comme aux gens de l'époque, nettement supérieurs aux capitulaires ordinaires.

Ce texte n'est pas isolé. Nous avons ensuite un préambule fort instructif, qui précède, dans certains manuscrits, les capitulaires rendus en 818-819². Le scribe nous apprend qu'un grand nombre de capitulaires ont été émis cette année-là. Le roi a examiné avec les grands ce qui devait être placé dans les droits de race, dans les *leges*, et ce qui devait être mis dans les simples capitulaires : *quid etiam in legibus mundanis addenda, quid quoque in capitulis inserenda*

¹ C. 143, c. 5. Les arguments de Boretius (*Beiträge zur Kapitularienkritik*, pp. 33-36. 61-63) sont combattus sans succès par Seeliger (*Die Kapitularien der Karolinger*, pp. 53-56) et par Fustel de Coulanges (*Les transformations de la royauté*, p. 456. 477), qui admettent, mais sans la préciser, une différence entre la *lex* et le *capitulum*. Ils avouent ne pas la saisir. Quant aux *capitula legibus addenda*, ils ne se différencient pas, à leurs yeux, des autres capitulaires. Romanistes et germanistes, faute d'avoir étudié l'évolution de la notion de *lex*, ne peuvent arriver à un accord. Pour les germanistes, le capitulaire additionnel se confond avec la *lex* et s'oppose aux capitulaires; pour les romanistes, le capitulaire additionnel se confond avec les autres capitulaires et s'oppose à la *lex*. Il y a pourtant un caractère mixte dans le capitulaire additionnel, qui le fait tenir à la fois de la *lex* et du capitulaire. C'est ce qu'il faut souligner. Alors l'accord entre romanistes et germanistes est possible. Le capitulaire additionnel est une transition entre deux types distincts de droit.

² C. 137.

forent. Et nous constatons, en effet, que les dispositions adoptées ont été mises séparément dans des capitulaires distincts. Les manuscrits des capitulaires de 818-819 mettent en effet les *capitula missorum* dans une première série de capitulaires et les *capitula legibus addenda* dans une deuxième. Les *capitula per se scribenda* se répartissent dans une troisième et dans une quatrième série, selon leur caractère religieux ou laïque¹.

Un dernier argument enfin est tiré des rubriques d'un grand nombre de capitulaires². Elles montrent que, dans la pensée des scribes, il y avait une différence entre les *capitula legibus addenda* et les *capitula per se scribenda*.

Le roi exerçait, par conséquent, une influence plus grande sur la *lex* par les *capitula legibus addenda* que par les autres³. C'est que les *capitula legibus addenda* contribuent ordinairement au développement interne de la *lex*, tandis que les *capitula per se scribenda* tentent d'apporter des modifications pure-

¹ En réalité, l'ordre exact est le suivant : d'abord C. 138 *capitulare ecclesiasticum*, ensuite C. 139 *capitula legibus addenda*, C. 140 *capitula per se scribenda*, C. 141 *capitulare missorum*. Cf. Boretius, I, pp. 275-291. L'essentiel à relever ici, c'est le fait même du classement des capitulaires en 818-819.

² Cf. rubriques des C. 39, 68, 103, 136, 137, 142, 148, 193.

³ Schröder (*Neuere Forschungen zur fränkischen Rechtsgeschichte, Historische Zeitschrift*, 43. Band, 1897, pp. 234-238) considère comme réelle la différence signalée par Boretius, au point de vue des effets juridiques, pour séparer les capitulaires additionnels et les *capitula per se scribenda*. Nous sommes pleinement d'accord avec Schröder et Boretius sur ce point et nous ajoutons que cette différence est la seule qui, pour nous, caractérise ces deux types de législation.

ment externes à la *lex*. L'examen de l'autorité respective de ces deux sortes de dispositions juridiques permettra de nous rendre compte de la préférence que l'on accordait aux *capitula legibus addenda* au double point de vue de leur durée et de leur sanction, tout en faisant ressortir que cette prépondérance est très loin d'être absolue.

§ I. — *La durée des capitulaires.*

Les *capitula legibus addenda* ont, en général, une durée supérieure à celle des *capitula per se scribenda*.

Toutefois, certains historiens¹ ont voulu préciser davantage et trouver encore là une différence importante entre ces deux genres de décisions royales.

¹ Thévenin, *Lex et Capitula (Contribution à l'histoire de la législation carolingienne, Bibliothèque de l'Ecole des Hautes Etudes, 35^e fascicule, Paris, 1878, p. 150 et suiv.)*; Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, Paris, 1886, pp. 107-108; Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, 13^e édit., Paris, 1920, p. 76. Notons que ce n'est là qu'une interprétation de la pensée de Boretius: car Boretius lui-même ne précise pas aussi nettement la différence de durée qui sépare les capitulaires ordinaires et les capitulaires additionnels. Cf. Boretius (*Beitraege*, pp. 60-64), où l'auteur proteste énergiquement contre une critique de Beseler, qui ne peut s'adresser qu'aux adeptes de la théorie de Boretius et non à Boretius lui-même. Il est curieux d'observer qu'en se défendant, le célèbre historien, hanté par l'idée d'un mode spécial pour les capitulaires additionnels, prétend qu'en définitive, le capitulaire additionnel est plus stable, car il a besoin d'un consentement formel du peuple, tandis que le capitulaire ordinaire peut être soumis au simple changement de la volonté unilatérale du roi. Nous savons ce qu'il faut penser d'un prétendu mode spécial de confection des capitulaires additionnels, pour ne pas suivre ici l'opinion de Boretius.

D'après eux, les *capitula per se scribenda* prétendent, par leur nature, à une durée courte, en général subordonnée à la vie du roi; ils dureraient au maximum l'espace du règne; par contre, les capitulaires additionnels revêtent, comme la *lex*, un caractère de perpétuité.

Pourtant les textes sont loin de confirmer une opposition aussi absolue. Deux idées se dégagent de la lecture des témoignages : le capitulaire simple n'est pas toujours viager; de son côté, le capitulaire additionnel à la *lex* n'est pas toujours perpétuel.

1° *Le capitulaire simple n'est pas nécessairement viager.* — Le texte qui fait croire au caractère viager du capitulaire est une *notitia* de Liutprand ainsi conçue :

Hoc autem in diebus nostris et in tempore regni nostri statuimus, quamquam lex nostra non sit : post autem nostrum decessum qui pro tempore princeps fuerit, faciat sicut ei Deus inspiraverit ¹.

La *lex* ici s'oppose à *capitulare*. Ces dispositions établies par le roi ne sont pas *lex nostra* : elles seront de simples capitulaires et ne subsisteront que pendant notre vie et notre règne.

Il n'y a rien là de particulier au droit lombard : le droit juif et le droit islamique nous fournissent des exemples semblables. Les ordonnances des rois juifs et les *quānouns* ou règlements des princes musul-

¹ Liutprand, c. 3 (*Leges* IV, p. 167), dans son édit de 733, oppose *lex* et *capitulare*.

mans ont un caractère viager¹. Serait-ce donc là un phénomène général?

A notre avis, il n'en est pas ainsi. D'abord le droit comparé n'a pas la signification qu'on lui prête. Ainsi les ordonnances des rois juifs et les règlements des princes musulmans ne peuvent pas servir ici de point de comparaison : ce sont, en effet, des ordonnances purement administratives. Le roi se trouve en présence d'une coutume encore religieuse et ne peut se permettre d'agir d'autorité à l'égard de cette *lex sacrée*, comme le fait le roi franc par son capitulaire ordinaire vis-à-vis de la coutume laïque. Ces mesures administratives sont essentiellement éphémères. Quant au droit lombard, s'il concerne bien réellement un genre de capitulaire analogue au capitulaire simple du roi franc, il ne signifie nullement que le capitulaire, en général, a une durée subordonnée à la vie du roi. C'est un texte isolé qui tendrait plutôt à établir que le roi a voulu donner à ces dispositions un caractère viager tout à fait exceptionnellement : il confirmerait alors le caractère stable du capitulaire ordinaire.

Si le droit comparé ne peut pas nous être ici d'un grand secours, il faut au moins nous adresser au droit franc et rechercher si le caractère viager des capitulaires ordinaires est fondé². Or, à cet égard,

¹ Mordché Rapaport, *Der Talmud und sein Recht*, Zeitschrift für verg. R. w., XIV, p. 8. 10.

² Cf. la solide démonstration de Beseler, *Ueber die Gesetzeskraft der Capitularien* (Festsache für G. Homeyer, 1871), pp. 15-20. — Comp. Waitz, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, III, 2^e Auflage, pp. 613-619.

nous constatons que les rois ont la prétention d'établir du droit durable et même de rendre des capitulaires qui puissent, dans leur pensée, avoir la même durée que la *lex*. Les capitulaires mérovingiens et les capitulaires carolingiens nous donnent à ce sujet les mêmes indications.

Ainsi nous lisons dans le *Pactus Childeberti I et Chlotarii I*¹ :

Et quae in Dei nomine pro pacis tenore constitui-mus, **in perpetuum volumus custodire.**

De même, l'édit du roi Gontran se termine par l'expression de la volonté chez le roi de conférer une très grande durée à ses dispositions² :

Cuncta ergo quae huius edicti tenore decrevimus **perpetualiter volumus custodiri**; quia in sancta synodo Matisconensi haec omnia, sicut nostis, studuimus definire, quae praesenti auctoritate vulgamus.

L'édit de Clotaire II de 614 déclare aussi, de son côté, à la fin du document³ :

Quam auctoritatem vel edictum **perpetuis temporibus valiturum** manus nostrae subscriptionibus decrevimus roborandum,

après avoir pourtant déjà insisté dans le corps de l'édit en ces termes⁴ :

¹ C. 3, c. 18.

² C. 5 *in fine*.

³ C. 9, c. 24.

⁴ C. 9, c. 10.

Et quae in Dei nomine pro tenore pacis constitui-
mus et **in perpetuo volumus custodire**

Ces capitulaires mérovingiens annoncent en même temps des peines en cas d'infraction à leurs dispositions. Le roi, quand il fait acte d'autorité, entend que ses ordres aient une durée indéfinie.

Il en est de même sous les Carolingiens. La législation de 819 classe les capitulaires mondains en trois catégories, c'est-à-dire en *capitula missorum*, *capitula per se scribenda* et en *capitula legibus addenda*. Or, Louis le Débonnaire déclare, dans une introduction générale sur les motifs et sur l'occasion de cette répartition ¹ :

Quatenus deinceps opus nostrum a nemine iuste
posset reprehendi et tam nostris quam **futuris tem-
poribus** multorum saluti proficeret et Deo opitulante
stabile permaneret.

L'empereur regarde cette législation comme son œuvre et veut lui assurer une longue durée. Cette fois-ci, ce n'est plus un simple vœu : Louis le Débonnaire prend des mesures pour tenter de conserver officiellement et par écrit tous les capitulaires de l'année 819 sans exception ². On ne dit pas plus clairement que les trois sortes de capitulaires sont comme les parties d'un tout et ont la même durée de validité ³.

¹ C. 137.

² Cf. *suprà*, p. 290, pour l'essai de conservation écrite des capitulaires de l'année 817.

³ Cf. aussi les opinions de Ansegise (Boretius, *Capitularia regum*

Ces textes démontrent que la durée du capitulaire ordinaire n'est pas limitée à la vie du roi. D'ailleurs, ce capitulaire dépendant uniquement de la volonté du roi, il est naturel que le roi cherche non pas à restreindre son pouvoir législatif, mais à l'étendre le plus possible. Ainsi, théoriquement, le capitulaire a une durée illimitée.

Ce que nous accordons, par contre, à l'opinion ici combattue, c'est que le capitulaire, en fait, est peu durable. Nous constatons, en effet, que le roi répète non seulement les dispositions de son prédécesseur, mais les siennes propres et à plusieurs reprises. Cette attitude du roi montre l'importance que le monarque attache à l'observation de ses décisions et elle s'explique à la fois par le peu d'autorité du roi et par le caractère oral de ses capitulaires. Ceux-ci, mal conservés, ne pouvaient être respectés que si les agents du roi s'en donnaient la peine. Or les comtes et évêques n'ont pas tardé à se montrer indociles, et les capitulaires, par suite de leur caractère oral, tombaient dans l'oubli. Enfin le roi, par l'exercice de son droit de ban, pouvait prendre des mesures qui n'étaient pas réclamées par l'état des mœurs. Dans ce cas, le capitulaire n'avait aucune chance de pénétrer dans la pratique et cette absence de *consensus populi*, c'est-à-dire d'assentiment théorique de la population, comme le caractère oral du capitulaire, avait pour résultat de faire tomber dans l'oubli les ordres du roi.

francorum, I, p. 394) et de Hincmar de Reims (*De ordine palatii*, c. 8), qui sont dans le même sens.

2° *Tous les capitulaires additionnels ne sont pas perpétuels.* — Quand le roi se présentait comme le diseur de droit, le capitulaire additionnel recevait l'assentiment des mœurs : à ce titre il développait la *lex* d'après les procédés mêmes qui avaient servi à l'établissement de la *lex*. Dans ce cas, le capitulaire additionnel était permanent et indestructible au même degré que la *lex*.

Seulement il faut tenir compte de deux circonstances qui pouvaient singulièrement altérer ce caractère de perpétuité. D'abord le caractère oral du capitulaire additionnel contribuait à rendre ce dernier caduc au bout de peu de temps. Il fallait que la mesure fût réclamée impérieusement par les mœurs pour trouver à s'appliquer dans de telles conditions. Si la *lex* était habituellement écrite, il ne faut pas oublier que les capitulaires additionnels ne l'étaient pas toujours. Ensuite, dans le groupe des capitulaires additionnels, ceux qui agissaient sur toutes les *leges* du royaume à la fois doivent être soigneusement distingués¹. Ils n'ont que le titre de capitulaires additionnels et sont, en réalité, du pur droit royal. Le roi, qui constatait la longévité de la *lex* et la courte durée de ses capitulaires, croyait conférer à ses décisions une durée très grande en leur donnant l'étiquette de *lex*. C'est ainsi que des mesures concernant la *faida* et la *missio in bannum*, par exemple, sont répétées à deux reprises dans des *capitula legibus addenda*, alors

¹ Cf. *suprà*, p. 239.

que ces mesures, pourtant placées dans les capitulaires additionnels, ne sont en réalité que la mise en œuvre du droit de ban royal ¹. La durée de ces dispositions est exposée à toutes les causes d'affaiblissement que nous avons relevées dans le capitulaire simple. Dans ce cas, les *capitula legibus addenda* ne contribuent pas au développement interne de la *lex*, ils sont simplement, malgré leur nom, des modifications externes apportées d'autorité à la *lex* et évoquent plus justement l'idée des *capitula per se scribenda* ² : l'assentiment de la population ne s'ajoute, en effet, pas plus aux uns qu'aux autres.

Il est incontestable qu'il existe entre les capitulaires une différence provenant de la durée de leurs dispositions. Mais l'opposition n'a pas le caractère absolu que lui reconnaît Boretius. En effet, les capitulaires simples et même les capitulaires additionnels à toutes

¹ C. 139, c. 11 concerne, en 819, la *missio in bannum*, déjà prévue dans C. 136, c. 5, qui est un capitulaire additionnel de 816. — De même, C. 139, c. 13 traite de la *faida*; or, il répète un capitulaire ordinaire de 779, C. 20, c. 22, et sera répété lui-même par un autre capitulaire additionnel de 829, C. 193, c. 8. — Si nous lisons attentivement le C. 139 en particulier et le C. 193, nous ne rencontrons pour ainsi dire pas un article qui ne soit la répétition de quelque prescription antérieure, ecclésiastique ou laïque. Cela montre les efforts du roi pour unifier d'autorité tous les droits de race de l'empire.

² C'est ce qui prouve combien la terminologie de Boretius s'applique mal à caractériser ces concepts. Il ne s'agit pas, en effet, de s'attacher à l'objet des capitulaires : tous, quels qu'ils soient, développent ou modifient la *lex*, mais il faut rechercher quelle conception ils mettent en œuvre : législation d'autorité ou révélation d'un prétendu droit existant.

les lois, s'ils ont théoriquement une durée aussi longue que les capitulaires additionnels à une seule *lex*, puisque le roi veut assurer à tous la plus longue destinée, ne peuvent avoir, en fait, qu'une courte vie.

§ II. — *La sanction des capitulaires.*

L'autre différence que Boretius met en avant est tirée de la sanction. Pour lui, le capitulaire additionnel a des sanctions directes : nullité de ce qu'il interdit et validité de ce qu'il autorise¹, tandis que le capitulaire *per se scribendum* serait simplement protégé par une sanction indirecte, l'amende. L'un serait analogue à une *lex perfecta*, l'autre à une *lex imperfecta*. Le capitulaire simple serait, là encore, nettement inférieur : le contrevenant au capitulaire simple peut, moyennant le paiement de l'amende, s'offrir le luxe de violer l'ordre royal.

Cette théorie, exacte en principe, est pourtant trop absolue. Sans doute, en général, le capitulaire additionnel a des sanctions directes, alors que le capitulaire ordinaire ne se fait respecter que par des moyens obliques. Mais les textes nous suggèrent, à ce sujet, une double précision : d'une part, le capitulaire ordinaire n'est pas seulement protégé par la simple amende; d'autre part, certains capitulaires ad-

¹ Cf. l'intéressante étude de M. Senn sur ces sanctions appliquées au droit romain (*Leges perfectae, minus quam perfectae et imperfectae*, thèse, Paris, 1902).

ditionnels ont parfois les mêmes sanctions indirectes que le capitulaire simple.

1° *Existence de sanctions indirectes autres que l'amende pour le capitulaire simple.* — Le capitulaire simple existe par la seule volonté du roi : sa force repose sur la puissance de contrainte du roi, sur le droit de ban du roi. Il est clair que le roi a cherché par tous les moyens à faire respecter ses ordres.

L'amende de quinze sous, que l'on trouve mentionnée dans la *lex salica* en cas d'infraction au ban du roi¹, a été sans cesse renforcée par le roi dans le cours de l'époque franque. C'est ainsi qu'elle a été portée, sous l'influence du droit ripuaire, à soixante sous², puis elle est devenue, à ce taux, le droit commun³ de la fin de l'époque mérovingienne. L'évolution ne s'est pas arrêtée là. Le roi, dès l'époque carolingienne, a continué à faire ses efforts pour accroître son autorité; il a acquis le pouvoir d'aggraver la composition en substituant le multiple au simple. C'est d'abord le ban au double, soit cent vingt sous en tout, au cas où, par exemple, un clerc persistera, malgré les prescriptions réitérées du roi, à cohabiter avec une femme de mauvaise vie⁴, ou bien encore en cas de parjure⁵. C'est ensuite le ban au triple⁶,

¹ *Lex salica* LVI.

² *Lex ribuaria* LXV, 1. 3; LXXXVII.

³ C. 7, c. 9; C. 13, c. 1. 3. 4; C. 35, c. 57.

⁴ C. 100, c. 1. 2.

⁵ C. 100, c. 4.

⁶ C. 139, c. 4 pour le mariage avec une veuve, et c. 5 pour la *faida*.

soit cent quatre-vingts sous en tout, qui sera désormais infligé à celui qui s'unit à une veuve pendant le délai de viduité, fixé à trente jours après la mort du mari, ou bien à celui qui exerce une *faida* sur un meurtrier au moment où ce dernier fait sa pénitence. C'est enfin un multiple plus élevé : l'amende pourrait atteindre mille sous au maximum ¹.

Mais l'amende n'était pas la seule sanction : des moyens indirects, mais très énergiques, garantirent les ordres du roi : ce sont les peines corporelles, la confiscation du patrimoine et surtout la mort ².

L'affaire du vase de Soissons nous montre exactement la puissance du roi. Après la victoire de Soissons, les soldats se réunirent pour partager le butin. D'après la *lex*, le partage devait être égal. Le roi n'était pas privilégié : or il demande, outre sa part, le fameux vase. Tous ses soldats y consentirent, sauf un qui s'y opposa, au nom de la *lex* commune ³, et brisa

¹ C. 27.

² Pour l'exil, cf. C. 139, c. 13 ; pour les châtimens corporels, fouet, tonsure des cheveux, cf. C. 139, c. 16 ; pour la confiscation du patrimoine, notamment les C. 134, c. 5, C. 130, c. 11 et 12 ; pour la mort C. 7, c. 5 ; C. 139, c. 1. Cf., en outre, Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, II, 1892, p. 603 et suiv., 598 et suiv.

³ Grégoire de Tours II, 27. Godefroid Kurth (*Histoire poétique des Mérovingiens*, Paris, 1893, pp. 219-222) analyse avec soin ce fait et n'hésite pas à lui reconnaître un caractère historique. — Notons qu'au cours de l'époque franque, parallèlement à l'affermissement du pouvoir royal, le comte, agent royal, prit plus d'importance dans l'administration de la justice. Non seulement il est devenu, depuis Clovis, président du *mallum* à la place du *thunginus*, mais ses attributions furent sans cesse accrues par les ordonnances des rois francs. Le comte juge lui-même les infractions au droit royal ; il est chargé de faire respecter le ban du roi ; il n'a plus alors à demander, comme

le vase pour que chacun pût en avoir une part. Un pareil acte ne fut pas puni : il se présentait comme la mise en œuvre de la *lex*. L'année suivante, lors de la revue militaire, Clovis, pourtant, se vengea. Après avoir reconnu le soldat récalcitrant, il lui adressa des reproches sur le mauvais état de ses armes et, les lui arrachant, les jeta à terre. Tandis que l'homme se baissait pour les ramasser, il leva sa hache et lui fracassa la tête.

Ce fait est très curieux au point de vue juridique. La *lex* invoquée par le soldat apparaît comme un droit supérieur et capable de mettre en échec la volonté du roi. Clovis ne pouvait rien contre le soldat, car il ne pouvait rien contre la *lex*. Obliger ses soldats à lui reconnaître, en dehors de la *lex*, un privilège n'était pas au pouvoir du roi¹. Mais si le roi ne peut que

en matière de *lex*, aux rachimbourgs, aux diseurs de droit, d'indiquer le droit. Comme le roi, le comte a en somme deux attitudes, suivant qu'il s'agit de la *lex* ou du droit royal. C'est ce qui explique que Fustel de Coulanges, qui ne regarde que les fonctions du comte en droit royal, assimile le comte tout simplement à un *judex* romain, alors que le terme *judex* a, en réalité, un double sens correspondant aux deux types de législation à mettre en vigueur dans l'administration de la justice. Cf. Fustel de Coulanges, *Le monarchie franque*, p. 350 et suiv.

¹ Cet exemple n'est pas isolé. Que le roi ne puisse pas aller contre la *lex*, cela est indiqué par le prologue de la *lex Baiuvariorum* (Leges III, p. 259), par Liutprand (Leges IV, c. 118, p. 156) et par un capitulaire franc de 817 (*Divisio imperii*, C. 136, c. 16). Nous avons même l'indication des sanctions prises contre le roi qui enfreignait la *lex* : ainsi pour le roi Ratchis, la perte du trône (*Chronicon Benedicti. Scriptt.* III, p. 702 ; de même pour Childéric qui fut renversé et même tué pour avoir transgressé la *lex*. Cf. Viollet, *Histoire des Institutions politiques et administratives de la France*, I, Paris, 1890, pp. 282-285.

s'incliner en présence de la *lex*, par contre, il dispose de la peine la plus grave, la peine de mort, quand il s'agit de réprimer une infraction à son droit de ban. Clovis est un chef, le soldat est en faute : le roi doit punir. Ainsi le roi, grâce à son pouvoir d'intimidation ou à sa puissance de contrainte, dispose de sanctions indirectes, sans doute, mais énergiques.

2° *Le capitulaire additionnel peut avoir des sanctions indirectes.* — Les sanctions indirectes se rencontrent aussi dans les capitulaires additionnels à toutes les *leges*. Le roi cherche à unifier les droits de race particuliers et, sans se préoccuper outre mesure de l'état des mœurs de chacun des pays dont il veut modifier la *lex*, il émet des ordres qui sont en tous points semblables à ceux des capitulaires simples. Le droit royal est incorporé dans la *lex*¹ : sa nature n'est pas modifiée à cause de ce changement d'étiquette².

¹ Cf. C. 139.

² Il est bon de préciser notre position exacte à l'égard de la célèbre division tripartite des capitulaires donnée par Boretius et que nous avons discutée, toutes les fois que les arguments de Boretius ont sollicité notre examen. Boretius distingue trois critères pour séparer notamment les *capitula legibus addenda* (ou *lex*, d'après Boretius) et les *capitula per se scribenda* (ou, selon le même historien, droit royal à proprement parler) : 1° le critère relatif à l'objet des capitulaires (*Beitraege*, pp. 36-53) ; 2° le critère relatif à la confection, aux modes d'établissement des capitulaires (*op. cit.*, pp. 53-61) ; 3° le critère relatif à l'autorité et à l'effet des capitulaires (durée et sanction, *op. cit.*, pp. 29-36, 61-63). Nous avons fait ressortir le caractère trop rigide et trop absolu de cette classification, qui repose sur la conception erronée d'une composition toujours homogène des capitulaires, et nous avons ensuite analysé chacun de ces critères pour rejeter complètement le critère tiré de l'objet des capitulaires, préciser le critère relatif à la confection (*consensus populi* ou fiction)



Ainsi, malgré le trait commun de leur caractère oral, les capitulaires se différencient au point de vue de leur autorité entre eux, selon qu'ils mettent en œuvre la conception de la *lex* germanique ancestrale ou celle de la législation impériale romaine. Les capitulaires qui contribuent au développement interne de la *lex* sont ceux où le roi se présente comme l'héritier des fonctions du discur de droit. Ils sont supérieurs par leur durée et leur sanction. La cause de cette supériorité réside dans cet assentiment tacite de la population, qui suit l'émission de leurs dispositions : ils se modèlent lentement et sans brusque changement sur l'état des mœurs. Au contraire, les capitulaires, qui tentent d'apporter des modifications externes à la *lex*, sont ceux où le roi s'efforce d'imiter l'empereur romain. Ils sont inférieurs aux précédents : leur durée, en fait, est courte et leur sanction n'est qu'indirecte. Ils pénètrent très difficilement dans la

et conserver le critère concernant l'*autorité*, en le dégageant des exagérations dont il a été l'objet de la part des adeptes de Boretius, plutôt que de Boretius lui-même. Enfin nous sommes amené à conclure que les difficultés soulevées par la classification et les critères de Boretius peuvent se résoudre, si l'on considère qu'à l'époque franque il y a deux sortes de législation royale, correspondant l'une plus spécialement à l'esprit germanique ancien, l'autre plus particulièrement à la conception romaine. La lutte entre l'ancienne conception germanique et la conception romaine nouvelle a fait naître ces deux degrés intermédiaires de la notion de législation ; elle ne doit pas être perdue de vue pendant tout le cours de cette période franque.

pratique et s'ils finissent par pénétrer dans la *lex*, ce n'est qu'à la suite d'une très longue initiation. Ils correspondent, en général, plus exactement à la volonté du roi qu'à l'état réel des mœurs. Cet assentiment de la population, qui est en quelque sorte la contre-épreuve de l'efficacité d'une règle juridique, fait place dans ces capitulaires à l'obéissance exigée par le roi. Tant il est vrai que si les mœurs sont incapables de produire spontanément la *lex* sans le secours de l'homme, l'esprit humain ne peut pas créer du droit stable s'il néglige, de son côté, l'état des mœurs pour se mouvoir dans un libre domaine d'utopie. Il faut une étroite collaboration entre la volonté de l'homme et les lois sociologiques.

CONCLUSION

L'opinion dominante oppose nettement le régime de la coutume au régime de la loi : elle voit dans la coutume l'élément inconscient et dans la législation l'élément conscient du droit. Le régime de la coutume se caractériserait par la domination absolue de l'instinct juridique et par l'abandon du droit à l'unique action des lois aveugles et obscures de l'évolution sociale. Le régime de la législation marquerait, au contraire, le plein triomphe de la raison humaine et consacrerait la substitution du droit produit par la réflexion au droit né de l'instinct.

Cette conception, qui considère la différenciation de nos concepts de coutume et de loi comme primordiale, ne parvient pas, si l'on cherche à en pénétrer le sens, à tracer les phases de l'évolution interne de l'idée de droit ni par là même à rendre compte, d'une manière satisfaisante, de l'apparition, à un moment donné, de la législation à côté de la coutume.

L'histoire des milieux primitifs, dans leur phase encore exclusivement ou surtout coutumière, est seule vraiment qualifiée pour nous indiquer la source de la coutume.

Or, à l'époque franque, la coutume salienne, bien loin de s'opposer à la loi, portait précisément le nom de *lex salica*. Le mot *lex* désignait une coutume. Cou-

tume et loi ne faisaient qu'un. D'autre part, cette *lex* ne se dégageait pas spontanément du milieu social au même titre que les mœurs et la langue. La coutume n'était pas perçue d'instinct : elle était révélée au peuple par le diseur de droit dans l'assemblée judiciaire. Le premier organe d'élaboration de la *lex* primitive n'est autre que l'assemblée judiciaire.

Après de nombreuses guerres privées et des conflits de tout genre, où la force seule régnait en maîtresse souveraine, l'homme en vint à l'idée d'essayer de résoudre pacifiquement les conflits qui s'élevaient entre individus. Les premières institutions d'arbitrage et de juridiction firent leur apparition. Devant le peuple assemblé, le diseur de droit révélait la *lex* aux parties en lutte. La sentence, bien qu'étant présentée comme l'application d'une prétendue *lex* préexistante, était le résultat de l'imagination créatrice du diseur de droit.

« Dans l'enfance du genre humain, dit avec raison Summer-Maine, on ne conçoit pas l'idée d'une législation quelconque ni même d'un auteur déterminé du droit... Le droit est dans l'air... » Cette fiction de la révélation de la *lex* est le trait caractéristique de tout système coutumier, religieux ou laïque : elle sert à dissimuler les innovations. Le fondement de la *lex* ainsi révélée reposait simplement sur la sanction du consentement tacite de la part du peuple assemblé. La sentence concrète émise par le diseur de droit et approuvée par le peuple faisait *lex* pour l'avenir sur la même question : elle était présentée comme l'ex-

pression des secrets de la divinité ou des conceptions de la *lex* et ne pouvait, par conséquent, pas varier.

Plus tard, l'homme, au lieu de se borner seulement à tenter de remédier aux conflits déjà déclarés, a eu l'idée de prévoir les procès possibles et d'indiquer à l'avance leur solution éventuelle. La création de la *lex* n'était plus uniquement subordonnée à l'existence réelle d'un conflit. L'intervention de l'hypothèse dans le domaine du règlement pacifique des conflits représenta certainement un immense progrès des conceptions juridiques : elle n'eut pas lieu d'emblée sous la forme de la règle générale, telle que les Romains des derniers siècles et nous-mêmes nous sommes parvenus à la concevoir.

Les formes, derrière lesquelles s'abrita ce concept de la prévision de l'avenir, furent précisément celles qui étaient déjà en usage dans l'administration de la justice. Le diseur de droit, dans le cadre de l'assemblée judiciaire, émit des révélations de la *lex* sur des cas de procès, mais sur des cas de procès futurs. La révélation spontanée de la *lex*, le jugement abstrait fit son apparition à côté de la révélation sollicitée par un procès actuel, c'est-à-dire à côté du jugement concret. L'ensemble de ces jugements concrets, puis abstraits, constituait la *lex* primitive. La fiction de la révélation de la *lex* masquait aussi l'innovation du diseur de droit et le peuple, par son approbation tacite, donnait à la sentence toute sa valeur.

Cette propension de l'organisme judiciaire à émettre des sentences non plus seulement sur le cas de procès

présent, mais encore sur le cas de procès futur, n'a d'ailleurs rien de bien particulier : le pouvoir législatif du seigneur justicier, tout comme celui des anciens parlements, n'est que le prolongement de leur pouvoir judiciaire primitif. C'est un sentiment bien naturel à l'homme de ne pas limiter au présent son activité, mais de diriger encore autant que possible l'avenir.

Jusque-là, le droit devait son efficacité à la seule approbation tacite du peuple. Pourtant l'idée d'une sanction indépendante de la volonté des individus fit son apparition avec l'affermissement d'un pouvoir public s'imposant au peuple. Le représentant de l'autorité publique, chez les Francs le roi et ses fonctionnaires, intervint pour assurer la sanction de la *lex* déclarée par le diseur de droit et approuvée tacitement par le peuple. La mise en œuvre de la volonté du peuple d'observer la *lex* incomba désormais au roi.

Mais l'autorité publique ne s'en tint pas là. Ses efforts persévérants font éclore le concept de législation. La révélation par le roi de la *lex* devant le peuple assemblé était une attribution indispensable pour un chef de gouvernement. Une longue période d'efforts a été nécessaire au roi pour enlever peu à peu au diseur de droit, dont c'était le monopole, le pouvoir de dire la *lex* et pour se l'approprier complètement. Le diseur de droit, jusqu'alors personnage indépendant, finit par devenir un fonctionnaire placé sous les ordres du roi. Le jugement abstrait du diseur de droit est désormais émis par le roi et approuvé par

le consentement tacite du peuple, Le roi n'exerce le pouvoir législatif qu'en respectant les formes traditionnelles de l'administration de la justice et en empruntant les procédés du diseur de droit. La législation, lors de son apparition, devait se cacher sous le masque de la révélation par l'autorité publique soit d'une volonté des dieux méconnue, soit d'une coutume oubliée. En outre, elle se présentait comme un *cas de loi*.

L'autorité publique fait un pas de plus. En conséquence de l'acquisition successive par le roi du droit de sanctionner, puis du droit de dire la loi, les formes judiciaires anciennes devaient évidemment tomber en désuétude : elles n'avaient plus de raison de survivre. Le représentant de l'autorité publique commence à s'apercevoir qu'il n'a plus besoin de recourir au détour d'une attribution de sa décision à une prétendue volonté surnaturelle, à une *lex* indépendante de lui. Alors la législation se montre sous son vrai jour : elle est l'œuvre du roi et tire de l'autorité du roi sa propre autorité. La législation s'impose à la population : au consentement du peuple se substitue l'obéissance du peuple et c'est sous l'aspect d'un *ordre général du roi* (droit de ban), sanctionné par des amendes et des peines corporelles, que se présente la législation. Cependant, la législation ne peut abolir encore la coutume; elle s'implante à côté de la *lex*, mais n'est pas une *lex* elle-même.

Cette évolution a pu être étudiée jusqu'ici dans les monuments juridiques francs connus sous le nom de

lex salica et de capitulaires. La liaison des concepts de juridiction et de législation ne peut pas être plus intime. La prévision des cas de procès a pris naissance dans le fonctionnement même de l'administration de la justice avant de s'en détacher.

Bien après l'époque franque, la notion de droit a continué à se développer. La législation entre en lutte directe avec la coutume, la remplace et l'abroge. Le terme *lex*, qui jusque-là était réservé à la coutume, désigne la législation. A partir du ^{xiii}^e siècle pour le droit public, du ^{xvi}^e pour le droit privé, le concept supérieur de la *règle générale*, établie et sanctionnée par l'autorité publique, fait son apparition dans notre droit. Ce n'est plus un cas de loi, ni même un ordre général de l'autorité, c'est désormais la loi elle-même, c'est-à-dire une règle générale embrassant une série indéterminée d'actes ou de faits.

Ce concept se présente d'abord sous une forme *sporadique*. La législation se développe subsidiairement : elle corrige certains points de détails de la coutume. C'est le cas des ordonnances royales de l'ancien régime, des constitutions de l'empereur romain ou des statuts anglais : ils constituent des dispositions isolées, qui se suffisent à elles-mêmes et ne sont pas non plus susceptibles d'extension.

Ce concept devient ensuite de plus en plus familier. Les lois finissent par être nombreuses et la majorité des questions se trouve réglémentée par les lois. La législation tend à remplacer de plus en plus la coutume. Alors apparaît la *consolidation de statuts*. Les

actes législatifs sont triés : les uns, qui renferment des dispositions par trop archaïques, sont laissés de côté, les autres, qui contiennent seulement l'exposé du droit en vigueur, sont conservés. C'est à ce degré de culture juridique que les Romains de la veille des invasions étaient parvenus, dans leurs trois recueils de constitutions, connus sous le nom de Codes Grégorien, Hermogénien et Théodosien, et auxquels nous donnons improprement la signification d'une véritable codification.

Enfin le point d'aboutissement final de l'évolution de la notion de droit est la *codification*. On procède à une refonte de toutes les sources du droit en vigueur. On ne se borne plus à consolider le droit pré-existant. On crée des œuvres originales qui réalisent de nombreuses innovations et l'on ne s'approprie aucune prescription du droit antérieur sans l'avoir soumise à l'épreuve de la discussion et de la critique. Nous avons atteint cette haute conception juridique avec nos codifications du xix^e siècle, comme Justinien avec la sienne. Plus que jamais la législation devient synonyme de *lex*.

Ainsi la prévision des cas de procès possibles s'est peu à peu réalisée par des moyens de plus en plus parfaits et qui tendaient finalement à embrasser l'avenir dans une règle générale. L'histoire de la notion de *lex* n'est que l'ascension de l'esprit vers le concept de règle générale. On est parti du cas de loi pour arriver, par étapes, à l'idée moderne de la loi. Le mot *lex* a revêtu des significations successives.

Quant à l'idée de mettre fin aux procès en cours, elle a reçu également des perfectionnements successifs. La *lex* une fois déclarée, au lieu d'être laissée à la merci des parties, a fini par être imposée aux parties en lutte grâce à l'autorité publique, dont la première intervention eut pour objet d'assurer la sanction de la déclaration du diseur de droit. Puis l'autorité publique a cherché à conquérir le droit de dire elle-même la loi aux parties. Finalement le fonctionnaire, appelé juge, réunit dans sa main les deux attributions de dire le droit et de l'imposer par la force aux individus en conflit. Juridiction et législation appartiennent alors à l'autorité publique.

Seulement, de nos jours, le juge ne statue toujours que par cas, tandis que le législateur procède par règles. Cela tient à la différence et à la spécialisation de leurs fonctions : le juge se borne à remédier aux conflits déjà déclarés, tandis que le législateur a pour but de prévenir les procès eux-mêmes et utilise pour cela sa méthode, aujourd'hui parvenue à sa complète expression, de prévision de l'avenir.

Ces deux modes de production du droit, Jurisprudence et Législation, s'opposent de nos jours comme le cas s'oppose à la règle. Sans doute, la Jurisprudence peut conduire à l'idée de règle, mais il faut dégager expressément cette règle d'un ensemble de cas de décisions judiciaires. Le principe découvert est alors une règle coutumière. Coutume et loi sont entre elles comme Jurisprudence et Législation.

Mais il faut bien remarquer que cette distinction

établie entre la coutume et la loi n'a revêtu ce caractère de netteté qu'à partir d'une date relativement récente. Coutume et loi se sont enchevêtrées l'une dans l'autre très longtemps. Que le droit se fixe sur des cas de procès réels et actuels ou bien sur des cas de procès futurs, son apparition n'a jamais eu lieu primitivement que sous le masque d'un rappel du droit traditionnel. L'innovation se dissimule sous l'apparence de l'affirmation de la tradition.

Tandis que ce mode de fixation du droit subsiste encore quand il s'agit de statuer sur les cas de procès en cours (le juge moderne, qu'il fasse œuvre d'*interprétation* sincère ou de *construction* vraie, place toujours, en effet, ses décisions sous l'étiquette de l'application d'une règle préexistante), au contraire, cette manière de faire est devenue incompatible avec la prévision de cas de procès futurs, dès que cette prévision s'est exprimée par la voie d'un ordre général de l'autorité ou par celle de la règle générale elle-même. Alors la législation se présente ouvertement comme distincte de la tradition et rejette absolument tout vêtement coutumier. Aussitôt la notion de coutume se précise davantage et s'oppose nettement à la loi : la coutume s'entend de la tradition née par suite des décisions judiciaires sur les cas de procès réels et actuels et la loi désigne d'abord l'ordre général de l'autorité, puis finalement la règle générale émise directement par le pouvoir législatif.

Ainsi la coutume juridique ne naît pas spontanément du milieu social comme les mœurs ou le lan-

gage : elle doit être expressément dégagée et, d'autre part, la notion de *lex* originellement confondue avec la sentence concrète, puis avec la sentence abstraite, n'a cessé de se différencier et de se préciser. La prévision des procès futurs s'est détachée du règlement des procès actuels : elle s'est orientée, par suite d'une lente évolution, vers le concept abstrait et supérieur de règle générale. La législation s'est appelée loi et s'est distinguée alors clairement de l'idée de coutume.

Dès lors, en prétendant actuellement que la coutume a précédé, dans l'histoire de la civilisation, l'apparition de la législation, nous introduisons dans des temps, qui les confondaient encore, des notions techniques dont la précision ne s'est accusée que beaucoup plus tard. Aussi nous paraît-il plus conforme à l'évolution de la norme juridique de dire que le concept du cas d'abord concret, ensuite abstrait, s'est dégagé chez les peuples bien avant l'idée de la règle générale.

Vu : le 10 février 1920.

Le Président de la thèse,

ED. LAMBERT.

Vu : Lyon, le 19 février 1920.

Le Doyen de la Faculté,

L. JOSSERAND.

PERMIS D'IMPRIMER :

Lyon, le 19 février 1920.

Le Recteur de l'Académie,

JOUBIN.

ADDENDA ET CORRIGENDA

p. 38, n. 1, ajouter à la liste des auteurs cités : Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, 13^e éd., 1920, Paris, pp. 108-112, et rapprocher cette liste de celles citées aux pages 154 et ss.

p. 137, ligne 6, lire : *mnémotechnique* au lieu de : mnématechnique.

p. 56, n. 2, et p. 200, n. 2, lire : *Edictus Rothari* c. 386 au lieu de : Prolog. Rothari c. 386.

p. 232, n. 4, lire : *Edictus Rothari* c. 386 au lieu de : Rotharis c. 386.

p. 238, n. 1 (3^e ligne), lire : *Le titre final de l'édit de Rotharis fait allusion.....* au lieu de : Le titre final fait allusion.....

p. 239, à la note, lire : *Rotharis* au lieu de : Rhotaris.

p. 299, n. 1, lire : *Liutprandi leges de anno XXI* c. 3 (Leges IV, p. 167) au lieu de : Liutprand c. 3 (Leges IV, p. 167).

p. 309, n. 1, lire : *Liutprandi leges de anno XVIII* c. 118 (Leges IV, p. 156) au lieu de : Liutprand (Leges IV c. 118, p. 156).

p. 99, n. 2, lire : *Lex Baiuvariorum II, 44* (Leges III, p. 287) au lieu de : Lex Baiwar. IV, 15.

p. 176, n. 4, lire : *Lex Baiuvariorum II, 1* (Leges III, p. 281) au lieu de : Lex Baiwar. II, 1.

p. 176, n. 5, lire : *Lex Baiuvariorum I, 10* (Leges III, p. 274) au lieu de : Lex Baiwar. I, 10.

TABLE

DES PRINCIPAUX TEXTES COMMENTÉS

Cicéron :

De Inventionē II, 22, 67..... p. 10.

Tacite :

De origine et situ Germanorum, c. 7. p. 173; p. 193.

c. 11 p. 98 ; p. 172.

c. 12 p. 65 et ss.; p. 145; p. 173.

Digeste :

I, 3, de leg., 32, 1..... p. 10, n. 1.

I, *h. t.*, 35 p. 11.

Institutes (Justinien) :

I, 2, De iure nat., 9..... p. 11.

I, *h. t.*..... p. 11.

Lex romana Visigothorum :

VIII, Nov. Valentinien III..... p. 263.

Leges Alamannorum :

..... p. 244.

Pactus, frag. I..... p. 58, p. 110.

Lex, I p. 58, p. 176.

XXXVI, 3 p. 99.

XXXVII, 2 p. 175.

XLI, 2..... p. 175.

Domas anglo-saxons :

Hlothar, Eadrie, Withred, Aelfred.. p. 239.

Lex Anglionum et Werinorum :

..... p. 244.

Lex Baiuvariorum :

..... p. 244.

Prologus p. 57, p. 200, p. 309.

Textus legis primus, I.....	p. 59.
I, 10.....	p. 176.
II, 1.....	p. 176.
II, 14.....	p. 99.
Additio quinta, III, 10.....	p. 176.
IV.....	p. 59.
 Leges Burgundionum :	
.....	p. 244.
Initium c. 14.....	p. 60 ; p. 233.
 Lex Francorum Chamavorum :	
.....	p. 244.
 Lex Frisonum :	
.....	p. 244.
Additio sapientum.....	p. 57, p. 61, 200.
c. 58.59.....	p. 200.
 Leges Langobardorum :	
.....	p. 244.
Rothari prolog.....	p. 238.
Edictus Rothari c. 386.....	p. 56, p. 59, p. 200, p. 232.
Liutprandi leges.....	p. 238.
de anno VIII, 720, principium.....	p. 59, p. 232.
de anno XIV, 726, principium.....	p. 59, p. 232.
de anno XIX, 731, principium.....	p. 56, p. 200.
de anno XIX, 731, c. 118, II.....	p. 309.
de anno XXI, 733, c. 136, VII.....	p. 299.
 Lex Ribuaria :	
.....	p. 244.
Incipit legis Ribuarii.....	p. 110.
LXV; 1 et 3.....	p. 307.
LXXXVII.....	p. 307.
 Lex Salica :	
Prologues, 1.....	p. 41 et ss.; p. 58 et ss.; p. 149 et ss.; p. 193; p. 197.
2.....	p. 42 et ss.; p. 58 et ss.; p. 111; p. 148 et ss.; p. 197, n. 3.
3.4.5.....	p. 40.
Épilogues 1 et 2.....	p. 45 et ss.; p. 197.

Titres :

I	p. 110; p. 140; p. 142; p. 271.
II.....	p. 140; p. 141.
II, 6.....	p. 58; p. 111; p. 142.
III.....	p. 141; p. 145.
IV, 3.....	p. 58; p. 111; p. 141; p. 142.
VIII, 2.....	p. 58; p. 111; p. 142.
XIV, 2.....	p. 58, p. 111; p. 141.
XVIII.....	p. 68; p. 148; p. 194.
XX.....	p. 142; p. 145.
XXI, XXII.....	p. 140; p. 141.
XXVII, XXVIII.....	p. 140; p. 141.
XXXII, 2, add. 3.....	p. 70.
XXXIII, 1.....	p. 58, p. 111.
XXXV.....	p. 142; p. 145.
XL.....	p. 141; p. 145.
XLIV.....	p. 144.
XLV, 1.....	p. 68.
XLV, 2.....	p. 71.
XLVI.....	p. 58; p. 68; p. 111; p. 148; p. 194.
XLVII.....	p. 141; p. 150.
XLVIII, XLIX.....	p. 140; p. 142.
L.....	p. 68; p. 74; p. 140; p. 142.
L, 2.....	p. 68.
L, 3.....	p. 71; p. 74.
LI.....	p. 71; p. 140.
LVI.....	p. 68; p. 74; p. 141 et ss.; p. 194; p. 295; p. 307.
LVII.....	p. 74; p. 77; p. 141; p. 142.
1.....	p. 77; p. 78.
2 et 3.....	p. 75; p. 78; p. 108.
LVIII.....	p. 134 et ss.; p. 142; p. 144.
LIX.....	p. 140; p. 144; p. 272.
LIX, 1, 2, 3, 4, 5.....	p. 132 et ss.
LX.....	p. 68; p. 140; p. 142.

Capitula legi salicae addita :

C. I, c. 7.....	p. 68.
c. 9.....	p. 68; p. 71; p. 149; p. 196.
C. V, c. 7.....	p. 74; p. 78.
C. VII.....	p. 202.

Lex Saxonum :

.....	p. 244.
-------	---------

Lex de Vestrogothie :

IV, 14, 4 et 19..... p. 109.

Leges Visigothorum antiquiores.. p. 35, n. 1 ; p. 244.**Capitularia Regum Francorum :**

1..... p. 263 ; p. 266 ; p. 282.

2..... p. 263 ; p. 264 ; p. 266 ; p. 282.

3..... p. 263 ; p. 266.

3 c. 18..... p. 301.

4..... p. 210 ; p. 266.

4 c. 1..... p. 164 ; p. 182 ; p. 198.

c. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 11..... p. 198.

5..... p. 263 et ss. ; p. 282 et ss. :
p. 301.

6..... p. 263 ; p. 266 ; p. 283.

8..... p. 263 ; p. 266.

9..... p. 263 ; p. 265 et ss. ; p. **283**
et ss.

9 c. 10. 24..... p. 301.

10 et 12..... p. **283** et ss.

20 c. 22..... p. 253 et ss. ; p. 274 ; p. 305.

c. 23..... p. 254.

22 c. 63..... p. 57 ; p. 198.

26..... p. 166 ; p. 175 ; p. 283.

26 c. 15..... p. 166.

c. 19..... p. 275.

c. 25..... p. 274.

c. 34..... p. 175.

27..... p. 166 ; p. 283 ; p. 308.

27 c. 3..... p. 166.

33 c. 32..... p. 274.

34 c. 13 b..... p. 255.

35 c. 37..... p. 307.

39..... p. 167 ; p. 188 ; p. 206 ; p. 222 ;
p. 297.

40 c. 19..... p. 166 ; p. 188 ; p. 222 ; p. 287.

c. 20..... p. 100.

41..... p. 237 ; p. 272.

50 c. 8..... p. 288.

67 c. 3..... p. 254.

c. 6..... p. 288.

77..... p. 165 ; p. 212 ; p. **283** et ss.

98..... p. 199 ; p. 283.

102 c. 14..... p. 100.

103..... p. 167 ; p. 188 ; p. 206 ; p. **280**
et ss. ; p. 297.

136	p. 213 et ss. ; p. 283 et ss. ; p. 290.
137	p. 215 ; p. 289 et ss. ; p. 296 et ss. ; p. 302.
139	p. 213 ; p. 283 ; p. 297 ; p. 310.
139 c. 11.....	p. 241 ; p. 272 ; p. 305.
c. 13.....	p. 241 ; p. 253 ; p. 305 ; p. 308.
c. 16.....	p. 241 ; p. 271.
c. 17. 18. 19. 20.....	p. 252 ; p. 274 ; p. 308.
141 c. 14.....	p. 100.
142	p. 203 ; p. 206 ; p. 237 ; p. 297.
143 c. 5.....	p. 166 ; p. 202 ; p. 296.
148.....	p. 206 ; p. 297.
150 c. 26.....	p. 291.
191	p. 215.
193	p. 286 ; p. 297.
193 c. 8.....	p. 274 ; p. 308.
260 c. 6.....	p. 292 et ss.
272.....	p. 272 ; p. 285.

Formules de l'époque franque :

Marculfe, I, 40.....	p. 227 et ss.
Senonenses recentiores.....	p. 214.

Grégoire de Tours :

Historia Francorum, II, 27.....	p. 308.
IV, 44.....	p. 104.
VI, 8.....	p. 104.

Hincmar de Reims :

De ordine palatii, 2, 8	p. 303.
-------------------------------	---------

BIBLIOGRAPHIE SPÉCIALE ¹

- Beauchet.** — Histoire de l'organisation judiciaire en France, Paris, 1886, pp. 10-70.
- Etudes sur les sources du droit suédois jusqu'au xv^e siècle, *N. R. H.*, XIV, 1890, p. 725 et ss. XV, 1891, p. 237 et ss.
- Beaudoin.** — La participation des hommes libres au jugement dans le droit franc, *N. R. H.*, XI, 1887, pp. 450 et ss., 557 et ss.
- Beseler.** — Der iudex im bairischen Volksrechte, *Z. f. Rechtsgeschichte*, IX, pp. 244-261.
- Ueber die Gesetzeskraft der Capitularien, 1871.
- Boden.** — Das Urteil im altnorwegischen Recht, *Z. S. St.*, 1903, 24, pp. 3-59.
- Boretius.** — Die Capitularien im Langobardenreich, Leipzig, 1868.
- Beitrage zur Kapitularienkritik, Leipzig, 1874.
- Die Textentwicklung der Lex salica, *Z. S. G.*, XIII, 1876, p. 10 et ss.
- Brie.** — Die Lehre vom Gewohnheitsrecht, I, pp. 59-202.
- Brissaud.** — La loi salique et le droit romain (Extrait des *Mémoires de l'Académie des Sciences, Inscriptions et Belles-Lettres de Toulouse*, 9^e série, t. III, 1891).
- Brunner.** — Ueber das Alter der Lex salica und des Pactus protenore pacis, *Z. S. St.*, G. A., 1908, 29, pp. 136-179.
- Das Denar der Lex salica, *Z. S. St.*, G. A., 1910, 31, p. 475 et s.
- Declareuil.** — La Justice dans les coutumes primitives, *N. R. H.*, XIII, 1889, pp. 224-234.
- Fahlbeck.** — La royauté et le droit royal francs, trad. fr. par Krammer, 1883, pp. 1-26, 280 et ss.
- Fehr.** — Ueber den Titel 58 der Lex Salica die Chrene cruda, *Z. S. St.*, G. A., 1907, 28, pp. 290-341.
- Fournier.** — Le dernier livre de M. Fustel de Coulanges (Extrait de la *Revue des questions historiques*, 1886), tirage à part, pp. 16-19.
- Fustel de Coulanges.** — La monarchie franque, 3^e, Paris, 1912, pp. 63-135. 304-378; 598-648.
- Les transformations de la royauté pendant l'époque carolingienne, 3^e, Paris, 1914, pp. 341-412. 453-501.

¹ Nous ne mentionnons dans cette liste ni les traités généraux ni les ouvrages auxquels nous avons fait des emprunts sans importance.

- Gaudenzi.** — Salica legge, *Digesto italiano*, t. 21, 1891, lettre S, pp. 191-207.
- Un' antica compilazione di diritto romano e visigotho, con alcuni frammenti delle leggi di Eurico, Bologna, 1886.
- Nuovi frammenti dell' editto di Eurico, Roma, 1888.
- Gény.** — Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, I et II, Paris, 1919.
- Gmür.** — Zivilgesetzbuch und Gewohnheit, Berlin, 1919 (*Festgabe* Prof. Eugen Huber, Bern).
- Guizot.** — Histoire de la civilisation en France depuis la chute de l'Empire romain, 3^e, Paris, 1874, pp. 257-285.
- Hilliger.** — Der Schilling der Volksrechte und das Wergeld, *Historische Vierteljahrsschrift*, 1903, p. 175 et s.
- Alter und Münchrechnung der Lex salica, *Historische Vierteljahrsschrift*, 1906, p. 161 et ss.
- Das Denar der Lex salica, *Historische Vierteljahrsschrift*, 1907, p. 1 et ss.
- Huvelin.** — Les Tablettes magiques et le droit romain (*Annales internat. d'hist.*, 1902, 2^e section), p. 30 et ss.
- Iaekel.** — Abba, Asega et Redjeva, *Z. S. St., G. A.*, 1906, 27, pp. 114-151.
- Altgermanisches Sakralrecht, *Z. S. St., G. A.*, 1913, 34, pp. 313-401.
- Kovalewsky.** — Coutume contemporaine et loi ancienne, Paris, 1893, pp. 365-388. 488-495. 501-507. 514-517.
- Kurth.** — Histoire poétique des Mérovingiens, Paris, 1893, pp. 120-131. 219-222.
- Lambert.** — Etudes de droit commun législatif ou de droit civil comparé, Paris, 1903, pp. 70-180. 750-810.
- Lehmann.** — Zur Frage nach dem Ursprunge des Gesetzspréheramtes, *Z. S. St., G. A.*, 1885, VI, pp. 193-199.
- Mano Krammer.** — Die Entstehung der Lex salica (*Festschrift für Heinrich Brunner*), Weimar, 1910.
- Maurer.** — Ueber das vapnatak der Nordischen Rechte, *Germania*, XVI, 1871, Wien, pp. 317-333.
- Island von seiner ersten Entdeckung bis zum Untergange des Freistaates, Münschen, 1874, pp. 52-60. 211-240. 464-466.
- Das Alter des Gesetzspréheramtes in Norwegen, Münschen, 1875 (*Festgabe für Arndts*), pp. 2-8.
- Die Eingangsformel der altnordischen Rechts und Gesetzbücher (*Sitzungsberichte der Münschener Akademie*), 1886.
- Mordché-Rapaport.** — Der Talmud und sein Recht, *Z. für verg. R.* w. XIV, pp. 2-12.
- Pardessus.** — Loi salique, Paris, 1843 (Première dissertation), pp. 415-436.
- Prou.** — Hincmar, De ordine palatii epistola (*Bibl. de l'Ec. des Hist. Etudes*, 58^e fasc.), pp. 72-75.

- Prou.** — Catalogue des monnaies françaises de la Bibliothèque Nationale, Monnaies mérovingiennes, Introduction, 1892.
- Réglade.** — La coutume en droit public interne, thèse Bordeaux, 1919.
- Rietschel.** — Der Pactus pro tenore pacis und die Entstehungszeit der Lex salica, *Z. S. St.*, G. A., 1906, 27, p. 253 et ss.
- Die Entstehungszeit der Lex salica, *Z. S. St.*, G. A., 1909, 30, pp. 117-141.
- Schröder.** — Die Franken und ihr Recht, *Z. S. St.*, G. A., 1881, II^e p. 39 et ss.
- Gesetzssprecheramt und Priestertum bei den Germanen, *Z. S. St.*, G. A., 1883, IV, p. 218 et ss.
- Gairethinx, *Z. S. St.*, G. A., 1887, VII, pp. 53-60.
- Neuere Forschungen zur fränkischen Rechtsgeschichte, *Historische Zeitschrift*, 43 Bd., 1897, pp. 224-238.
- Seeliger.** — Die Kapitularien der Karolinger, Münschen, 1893.
- Senn.** — Leges perfectae minus quam perfectae et imperfectae, thèse Paris, 1902.
- Sohm.** — Die fränkische Reichs und Gerichtsverfassung, Weimar, 1871, pp. 6-18. 49-55. 102-140. 370 et ss.
- La procédure de la Lex Salica, trad. par Thévenin, *Bibl. de l'Ec. des H^{is} Etudes*, fascicule 13^e, Paris, 1873.
- Summer-Maine.** — Ancient law, tr. fr. Courcelle-Seneuil, Paris, 1874, pp. 8-39.
- Thévenin.** — Lex et Capitula (*Bibl. de l'Ec. des H^{is} Etudes*, 35^e fasc., Paris, 1878), pp. 37-155.
- Thonissen.** — L'organisation judiciaire, le droit pénal et la procédure pénale de la loi salique, 2^e éd., Paris, 1882, pp. 10-80.
- Valette.** — Du rôle de la coutume dans l'élaboration du droit privé positif actuel, thèse Lyon, 1908.
- Von Amira.** — Nordgermanisches Obligationenrecht, Leipzig, I, p. 5 et s. p. 38 et s. ; II, p. 37 et ss.
- Grundriss der germanischen Rechts (*Grundriss der Philologie* d'Hermann Paul, III^e, 1900), pp. 30-76.
- Waitz.** — Das alte Recht der salischen Franken, Kiel, 1846, pp. 2-11.
- Deutsche Verfassungsgeschichte I Bd., 2^e Aufl., 1882, pp. 119-128. 178-183 ; II Bd., 2^e Abt., 3^e Aufl., pp. 197-215 ; III Bd., 2^e Aufl., pp. 118-146. pp. 613-619 ; IV Bd., p. 327 et ss.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
AVANT-PROPOS.....	1-7
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE.....	7-34
Les notions de coutume et de loi d'après l'opinion dominante, p. 7. — Notre point de vue, p. 25. — Division du sujet, p. 27.	
LIVRE PREMIER. — La notion de «lex» dans la coutume salienne	35-158
CHAPITRE PREMIER. — L'assemblée judiciaire est le siège de l'élaboration de la «lex» primitive	38-63
Section I. — Dans quelle mesure peut-on faire fond sur les données des prologues ?.....	40-54
La contradiction des épilogues, p. 45. — L'allure générale du grand prologue, p. 48.	
Section II. — Quelle est la signification des données du prologue ?.....	54-63
Analyse des données du droit comparé, p. 56.	
CHAPITRE II. — Le rôle du diseur de droit	64-97
Section I. — Par qui est remplie la mission de dire la «lex» ?.....	64-76
§ I. — Les allusions de Tacite, p. 65.	
§ II. — Les renseignements de la «lex salica», p. 67.	
Section II. — Quelles sont les fonctions du diseur de droit ?.....	76-83
§ I. — Il émet des jugements concrets, p. 77.	
§ II. — Il émet des jugements abstraits, p. 81.	
Section III. — Quelle est l'origine de la fonction du diseur de droit ?.....	83-97
§ I. — Opinion de Lehmann, p. 84.	
§ II. — Critique de cette opinion : Le droit comparé éclaire la signification des survivances religieuses de la fonction du diseur de droit, p. 87.	

	Pages
CHAPITRE III. — Rôle du peuple.....	97-115
Section I. — Caractère de la présence du peuple.. ..	98-101
Section II. — En quoi consiste le rôle du peuple.....	101-112
§ I. — L'activité du peuple, p. 102.	
§ II. — Elle consiste dans un contrôle de l'appli- cation de la « lex », p. 105.	
Effets de la désapprobation du peuple, p. 105.	
Effets de l'approbation du peuple, p. 108.	
CHAPITRE IV. — Nature et effets des « iudicia ».....	115-127
Section I. — Nature des « iudicia ».....	115-118
Section II. — Effets des « iudicia ».....	118-127
§ I. — Ressemblances entre les jugements concrets et les jugements abstraits, p. 118.	
§ II. — Différences entre eux, p. 125.	
CHAPITRE V. — Nature de la « lex salica ».....	128-158
Section I. — Etude externe de la « lex salica ».....	129-139
§ I. — Multiplicité et diversité des manuscrits, p. 129.	
§ II. — Absence d'archétype, p. 132.	
§ III. — Confrontation de la « lex salica » avec les monuments de l'ancien droit scandinave, p. 136.	
Section II. — Étude interne de la « lex salica ».....	139-146
§ I. — Absence de plan méthodique, p. 139.	
§ II. — Absence de préceptes généraux : les cas de loi, p. 141.	
§ III. — Juxtaposition de cas de loi contradic- toires, p. 143.	
§ IV. — Lacunes de la « lex salica », p. 144.	
Section III. — La question de la date de la « lex salica ».	146-156
§ I. — Diversité des opinions émises à ce sujet, p. 147.	
§ II. — La date de la « lex salica » est une question qui ne peut pas se poser, p. 154.	

	Pages
LIVRE II. — Les transformations de la notion de «lex» dans les capitulaires.....	159-312
CHAPITRE PREMIER. — Développement interne de la «lex» : le roi héritier du diseur de droit.	163-244
Première partie. — <i>Le «consensus populi» n'est pas un droit de délibération pour le peuple.....</i>	170-190
Section I. — Place des assemblées politiques à l'époque franque.....	171-187
§ I. — Distinction entre les pays purement germaniques et les autres, p. 172.	
§ II. — Chez les Francs, distinction selon les époques de la période franque, p. 178. Les Champs de Mars, p. 179; les «placita» de fonctionnaires, p. 181; les assemblées politiques à partir du VII ^e siècle, p. 183.	
Section II. — L'assemblée judiciaire locale comme organe d'émission du «consensus populi».....	187-190
Deuxième partie. — <i>Le «consensus populi est un vestige de la «laghsaga».....</i>	190-241
Section I. — Relations du roi avec les diseurs de droit.....	192-207
§ I. — Le roi exécuteur des révélations du diseur de droit, p. 193.	
§ II. — Le roi s'approprie le pouvoir de dire la «lex», p. 195. Le roi collabore avec les diseurs de droit, p. 195; le roi se substitue à eux, p. 201.	
Section II. — Relations du roi en tant que diseur de droit avec le peuple.....	207-234
§ I. — Dans les <i>assemblées politiques</i> de l'époque franque, le «consensus populi» ne peut être qu'une fiction, p. 203.	
Première subdivision. — Le «consensus» n'émane plus du peuple tout entier, p. 210.	
a). Le «consensus» existe alors que l'élément populaire n'existe pas.	
b). Absence de rôle actif de l'élément populaire, p. 211.	
c). Identité de l'organisme d'émission pour tous les capitulaires, p. 215.	

Deuxième subdivision. — Le « consensus » s'altère en présence de l'autorité royale du diseur de droit, p. 217.	
§ II. — Au « <i>mallum legitimum</i> », le « consensus populi » est une promesse d'observation de la « lex », p. 221.	
Première subdivision. — Motifs d'une tenue spéciale du « <i>mallum legitimum</i> », p. 225.	
Deuxième subdivision. — Analyse du caractère du « consensus populi » de 803, p. 229.	
Section III. — Nature de la « lex » développée par le roi	234-241
§ I. — La forme des <i>nymaele</i> , p. 235.	
§ II. — Abandon de la forme des <i>nymaele</i> , p. 239.	
Conclusion, p. 241.	
CHAPITRE II. — Modifications externes de la « lex » : le roi imitateur de l'empereur romain.....	245-277
Section I. — Le « consensus populi » est-il inséparable de toute modification de la « lex » faite par le roi....	249-257
§ I. — Exposé de la thèse de Boretius, p. 250.	
§ II. — Réfutation de la thèse de Boretius, p. 252.	
1° Les « <i>capitula legibus addenda</i> » peuvent contenir des dispositions étrangères à la « lex », p. 252 ; 2° Les « <i>capitula per se scribenda</i> » et les « <i>capitula misso-rum</i> » peuvent concerner la « lex », p. 254.	
Section II. — Dans quelle mesure le roi peut-il modifier d'autorité la « lex ».....	257-276
§ I. — La conception romaine de la législation impériale à la veille des invasions, p. 259.	
§ II. — Influence de cette conception romaine sur les capitulaires, p. 261.	
Première subdivision. — L'imitation romaine dans les formes de langage, p. 262.	
Deuxième subdivision. — L'imitation romaine dans la notion même de la législation émise d'autorité, p. 266.	
1° Le ban est utilisé pour seconder la « lex », p. 270 ; 2° Le ban sert à combler les lacunes de la « lex », p. 271 ; 3° Le ban parvient à paralyser l'application de la « lex », p. 273. Conclusion, p. 276.	

	Pages
CHAPITRE III. — Résultats juridiques des transformations internes et externes de la « lex »	278-312
Section I. — Trait commun à tous les capitulaires : leur nature orale, ...	280-295
§ I. — Aspect extérieur des manuscrits des capitulaires, p. 281.	
1° La rédaction objective et irrégulière, p. 282;	
2° Absence ou forme singulière des protocoles, p. 283 ; 3° Absence de signes de validation royale, p. 284.	
§ II. — Efforts de la royauté pour assurer la conservation des capitulaires, p. 287.	
Section II. — Différence entre tous les capitulaires : leur autorité respective, ...	295-310
§ I. — La durée des capitulaires, p. 298.	
1° Le capitulaire simple n'est pas nécessairement viager, p. 299 ; 2° Tous les capitulaires additionnels ne sont pas perpétuels, p. 304	
§ II. — La sanction des capitulaires, p. 306.	
1° Existence de sanctions indirectes autres que l'amende pour le capitulaire simple, p. 307 ; 2° Le capitulaire additionnel peut avoir des sanctions indirectes, p. 310. Conclusion, p. 311.	
CONCLUSION	313-322
Addenda et corrigenda	323
Principaux textes commentés	325-329
Bibliographie spéciale	330-332



